

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS

**DANO REPARÁVEL E SEGURANÇA JURÍDICA SUBSTANCIAL:  
LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO NOS CONTEXTOS ALEMÃO E BRASILEIRO**

CURITIBA

2016

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS

**DANO REPARÁVEL E SEGURANÇA JURÍDICA SUBSTANCIAL:  
LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO NOS CONTEXTOS ALEMÃO E BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito das Relações Sociais. Linha de pesquisa: Novos Paradigmas do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

2016

R175d

Ramos, André Luiz Arnt

Dano reparável e segurança jurídica substancial: legislação e jurisdição nos contextos alemão e brasileiro / André Luiz Arnt Ramos; orientador: Eroulths Cortiano Junior. – Curitiba, 2016. 213 p.

Bibliografia: p. 193-212.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2016.

1. Reparação civil. 2. Reparação civil - Alemanha. 3. Reparação civil - Brasil. 4. Danos (Direito). 5. Direito comparado. I. Cortiano Junior, Eroulths. II. Título.

CDU 347.513


Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626


## TERMO DE APROVAÇÃO


ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS

DANO REPARÁVEL E SEGURANÇA JURÍDICA SUBSTANCIAL:  
LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO NOS CONTEXTOS ALEMÃO E BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

  
Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior  
Universidade Federal do Paraná - UFPR

  
Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk  
Universidade Federal do Paraná - UFPR

  
Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Junior  
Universidade Federal de Alagoas - UFAL

Curitiba, 16 de Setembro de 2016.

## **AGRADECIMENTOS**

A solidão que transparece das atividades de pesquisa esconde a importância de diversos atores (individuais e coletivos) em sua viabilização e em sua construção. O Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná me propiciou contato com pessoas fantásticas, cujo brilhantismo iluminou as escuras e confusas vias esboçadas no projeto de dissertação originalmente apresentado. Mais que isso: abriu caminhos novos, pela facilitação do acesso a um dos mais importantes centros de referência em minha área de pesquisa no mundo, que subsidiou o elaborar de uma contribuição autêntica, malgrado modesta, às correntes percepções acerca do estado da segurança jurídica e da reparação de danos no Brasil e na Alemanha. Assim, um agradecimento especial aos grandes responsáveis pela viabilização do trabalho consubstanciado nas páginas seguintes não pode passar em branco.

Antes de tudo e todos, a minha família, que, por seus incansáveis esforços e incentivos, permitiu o caminhar no seguro e maravilhoso caminho da pesquisa. Meus pais, avós e irmãos certamente foram determinantes para que tomasse coragem de arrostar o desafio de ousar seguir seus exemplos, sem titubear ao longo desta caminhada.

Ao professor Eroulths Cortiano Junior, pela confiança em mim e nas possibilidades desta pesquisa, por oportunizar meu crescimento acadêmico e profissional desde o ingresso na Universidade e pelas valiosíssimas orientações sobre a advocacia, a academia e o Direito Civil.

Ao professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Edson Fachin, por perseverar no desafio de encorajar a formação de juristas sensíveis às agruras da vida em relação e pela abertura da insubstituível oportunidade de desenvolver parte desta pesquisa no vanguardista Instituto Max Planck, em Hamburgo. Também aos demais partícipes do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e do Grupo de Pesquisas Virada de Copérnico, sobretudo aos professores Carlos Eduardo Pianovski, Cesar Serbena, Ricardo Marcelo Fonseca, Luis Fernando Lopes Pereira, Katya Kozicki, Celso Ludwig e Pablo Malheiros da Cunha Frota, e aos colegas Anderson Pressendo Mendes, André Carias de Araújo, Aulus Graça, Carlos Renato Cunha, Emerson Luís dal Pozzo, Felipe Hasson, Felipe Frank, Frederico Augusto Gomes, Galanni Dorado de

Oliveira, João Capelotti, José Arthur Castilho de Macedo, Ligia Ziggioni Oliveira, Luis Alberto Húngaro, Marco Berberi, Marcos Alberto Rocha Gonçalves, Marcelo Bürger e Renê Chiquetti Rodrigues, pelos profícuos diálogos realizados dentro e fora do Programa.

Ao *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, sem cuja invejável estrutura a execução desta pesquisa restaria inviabilizada, pela incomensurável experiência propiciada durante o não tão gelado início de 2016, sobretudo pelas preciosas *Aktuelle-Stunden* e *Lateinameikarunde*. A Jan Peter Schmidt e Anton Geier, pelo grande auxílio que prestaram à execução deste trabalho. Aos amigos, destacados pesquisadores de incontáveis nacionalidades, que tive a felicidade de encontrar em Hamburgo, pelos diálogos interculturais e pelos necessários momentos de descontração.

Aos meus colegas de trabalho, que, em suas valiosas interlocuções, auxiliaram na indispensável oxigenação da pesquisa pela sensibilidade que advém da advocacia.

À Gabriela, pelos carinho, amizade e mútua compreensão que marcam nossos anos de namoro.

*"How many years can a mountain exist  
Before it is washed to the sea?  
And how many years can some people exist  
Before they're allowed to be free?  
How many times can a man turn his head  
And pretend that he just doesn't see?  
The answer, my friend, is blowing in the wind.  
The answer is blowing in the wind".*

Bob Dylan

## RESUMO

A reparação de danos, em suas contemporâneas feições, orbita em torno do problema da identificação do dano reparável, que se resume na seleção dos interesses protegidos. A tradição europeia continental conta com variadas respostas a este problema, dentre as quais se destacam as albergadas pelas codificações civis brasileira e alemã. Os modelos de reparação civil por elas contemplados são radicalmente diferentes em termos de estrutura: no primeiro, impera a atipicidade determinada pelo amplo emprego de cláusulas gerais; no segundo, predomina a tipicidade haurida da enunciação em abstrato de determinados interesses juridicamente tutelados. Não obstante estas diferenças, ambos os modelos enfrentam problemas ligados a seu esgotamento e a sua aparente inaptidão para promover segurança jurídica. Diante destes desafios, delineia-se inusitada convergência em torno de uma resposta comum, consistente no reconhecimento de que a atividade de interpretação e aplicação do Direito tem forte componente criativo e na conseqüente deferência à autoridade da atividade jurisdicional. Isto é sinal da revisão das relações entre Jurisdição e Legislação promovida pela progressiva transição entre os modelos de Estado de Direito e de Estado Constitucional em ambos os cenários, a qual clama por reconsideração do sentido atribuído à segurança jurídica, cada vez mais distanciado da certeza na lei (sentido formal) e próximo da controlabilidade de razões (sentido substancial), conforme reconhecido pelas comunidades jurídicas especializadas em ambos os contextos. Esta constatação opera a partir de estudo comparado realizado em dimensão micro, segundo o *problem-solving approach*. Analisa-se, assim, o problema da possibilidade de segurança jurídica na identificação dos interesses protegidos, diante do aparente esgotamento de ambos os modelos (pelas contrastantes flexibilidade e rigidez que lhes são inatas), de modo a identificar contrastes e pontos de contato permissivos da verificação da hipótese de que, nos dois contextos, a melhor solução ora oferecida reside no paulatino reconhecimento e valorização do caráter criativo da atividade jurisdicional.

Palavras-chave: Reparação Civil. Direito Comparado. Interesses protegidos. Segurança Jurídica em sentido substancial. Legislação e Jurisdição. Estado Constitucional.



## ABSTRACT

Contemporary civil liability orbits around the problem of identifying compensable injury, which comes down to the selection of protected interests. Continental Law has several different answers to this problem, among which the ones carved in Brazilian and German Civil Codes stand out. The respective models hosted by each of them are radically different in terms of structure: while the first follows the general clause model, the latter is delict-based and indicates certain protected interests *in abstracto*. In spite of such differences, both models face challenges related to their exhaustion and to their apparent inability to promote legal certainty. In face of these problems, an unexpected convergence towards the very same response outskirts itself: the widespread recognition that legal interpretation and the application of norms have a notable creative component, from where follows a necessary deference to the authority of judge-made law. This is a remarkable sign of the recalibration of traditional relations between Jurisdiction and Legislature, promoted by the gradual transition from the *Rechtstaat* model to the *Verfassungsstaat* in both scenarios. This review calls for reconsideration of the meaning attached to legal certainty, which is becoming increasingly distanced from its formal concept (certainty of law) and more kin to a substantial conception (lying on the controllability of reasons), as acknowledged by legal scholars in both contexts. This conclusion derives from a comparative analysis conducted in the *micro* dimension, in accordance to the problem-solving approach. The problem consistent in the possibility of legal certainty in identifying protected interests, *vis-à-vis* the apparent exhaustion of both models (due to their congenital and contrasting flexibility and rigidity), is thus scrutinized in order to identify contrasts and points of contact that allow us to verify the hypothesis that, in the two contexts analysed, the current best solution available lies on the recognition and appreciation of the creative character of judicial activity.

Keywords: Civil liability. Comparative Law. Protected Interests. Substantial legal certainty. Legislature and Jurisdiction. *Verfassungsstaat*.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AcP – *Archiv für die civilistische Praxis*

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação Declaratória de Violação a Preceito Fundamental

Ag – Agravo

AgRg – Agravo Regimental

ALR – *Allgemeines Landrecht*

AREsp – Agravo em Recurso Especial

Art. – Artigo

BAG – *Bundes Arbeitsgericht*

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*

BGH – *Bundesgerichtshof*

BGHZ – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*

BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*

BVerfGE – *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*

BVerfGG - *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*

CC – Código Civil brasileiro

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

CLJ – *Cambridge Law Journal*

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil brasileiro

DBJV – *Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*

DJ – Diário da Justiça

DJCL – *Duke Journal of Comparative Law*

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

*e.g.* – *Exempli gratia*

EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

EMESC – Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina

GG – *Grundgesetz*

JZ – *Juristenzeitung*

KunstUrhG – *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie*

LG – *Landesgericht*

Min. – Ministro ou Ministra

n. ou nº - Número

NJW – *Neue Juristische Wochenschrift*

OLG – *Oberlandesgericht*

p.ex. – Por exemplo

ProdHaftG – *Produkthaftung Gesetz*

RabelsZ – *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*

RCEJ – Revista do Centro de Estudos Judiciários

RDE – Revista de Direito do Estado

RE – Recurso Extraordinário

RePro – Revista de Processo

REsp – Recurso Especial

RFDC – Revista Fórum de Direito Civil

RFDUFMG – Revista da Faculdade de Direito da UFMG

RFDUFPR – Revista da Faculdade de Direito da UFPR

RG – *Reichsgericht*

RIDB – Revista do Instituto de Direito brasileiro

RIL – Revista de Informação Legislativa

RT – Revista dos Tribunais

RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

StGB - *Strafgesetzbuch*

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

UFPR – Universidade Federal do Paraná

UNB – Universidade Nacional de Brasília

v.g. – *Verbi gratia*

ZPO – *Zivilprozessordnung*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>1 METODOLOGIA: PROBLEM-SOLVING APPROACH .....</b>	<b>19</b>
<b>2 ESTADO DE DIREITO E ESTADO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>27</b>
<b>2.1 SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL: QUO VADIS? .....</b>	<b>36</b>
<b>3 O MODELO ALEMÃO .....</b>	<b>46</b>
<b>3.1 O CONTEXTO DO CONTEXTO .....</b>	<b>47</b>
3.1.1 Antecedentes do BGB.....	47
3.1.2 Consequentes do BGB .....	51
3.1.3 Constitucionalização do Direito .....	55
<b>3.2 O SISTEMA JUDICIÁRIO ALEMÃO .....</b>	<b>61</b>
3.2.1 Organização judiciária.....	61
3.2.2 Estilo judicial .....	64
<b>3.3 OS INTERESSES TUTELADOS PELO MODELO ESTATUÍDO PELO BGB .....</b>	<b>66</b>
3.3.1 Generalidades.....	66
3.3.2 Uma advertência necessária: responsabilidade contratual e extracontratual.....	70
3.3.3 Responsabilidade extracontratual propriamente dita (Unerlaubte Handlungen) e reparação de danos (Schadensersatz): interesses especificamente indicados pelo § 823, I, BGB .....	74
3.3.3.1 Antijuridicidade ( <i>Rechtswidrigkeit</i> ) .....	75
3.3.3.2 Vida.....	77
3.3.3.3 Corpo e Saúde.....	79
3.3.3.4 Liberdade .....	83
3.3.3.5 Propriedade .....	85
3.3.4 § 823, I, BGB, in fine: outros direitos (absolutos).....	87
3.3.4.1 O direito a um empreendimento funcional e operante ( <i>Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb</i> ).....	90
3.3.4.2 O direito geral de personalidade ( <i>Allgemeines Persönlichkeitsrecht</i> ) .....	95
3.3.5 Demais dispositivos contempladores de interesses protegidos .....	102

3.3.5.1	Violação a outros interesses legalmente protegidos: § 823, II, BGB.....	102
3.3.5.2	Ação dolosa e lesiva à moral e aos bons costumes: § 826, BGB.....	103
3.3.5.3	Outras previsões de delitos civis.....	104
<b>3.4</b>	<b>A ATUAÇÃO E A (RE)CONSTRUÇÃO DO MODELO ALEMÃO: DO TÔNICO AO ATONAL .....</b>	<b>106</b>
3.4.1	Autoridade do Direito Judicial: “você gostava de mim, não adianta negar”.....	110
<b>4</b>	<b>O MODELO BRASILEIRO.....</b>	<b>119</b>
<b>4.1</b>	<b>O CONTEXTO DO CONTEXTO .....</b>	<b>120</b>
4.1.1	Antecedentes do vigente Código Civil.....	120
4.1.2	Consequentes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 .....	123
4.1.3	Constitucionalização do Direito .....	128
<b>4.2</b>	<b>O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....</b>	<b>136</b>
4.2.1	Organização judiciária.....	136
4.2.2	Estilo judicial .....	139
<b>4.3</b>	<b>OS INTERESSES TUTELADOS PELO MODELO ESTATUÍDO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....</b>	<b>141</b>
4.3.1	Generalidades.....	141
4.3.2	Responsabilidade contratual e extracontratual: ainda hoje?.....	147
4.3.3	Danos e sua reparação: os interesses contemplados pelo Código Civil de 2002.....	149
4.3.3.1	Vida.....	151
4.3.3.2	Corpo e saúde .....	156
4.3.3.3	Liberdade(s).....	158
4.3.3.4	Propriedade .....	161
4.3.3.5	Outros interesses: tradição e inovação.....	163
4.3.4	Demais espécies de danos pessoais: extrapatrimonialidade e juízos de ponderação .....	165
<b>4.4</b>	<b>A ATUAÇÃO E A (RE)CONSTRUÇÃO DO MODELO BRASILEIRO....</b>	<b>174</b>
4.4.1	Autoridade do Direito Judicial: o último bastião .....	179
<b>5</b>	<b>APONTAMENTOS CONCLUSIVOS.....</b>	<b>188</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>193</b>

## INTRODUÇÃO

A reparação civil, conquanto já considerada área de menor interesse para a civilística, tornou-se solo fértil para o florescer de instigantes questões teóricas e práticas, cada uma, de *per se*, merecedora de estudo vagaroso e detalhado. Sua proximidade à vida cotidiana – diz-se, com razão, que “a vida em sociedade comporta para toda pessoa um duplo risco permanente: danar e ser danado”<sup>1</sup> (HINESTROSA, 1998, p.13) – e a recorrente manipulação do Direito para atender às demandas compensatórias nas sociedades contemporâneas, associadas às sempre crescentes facilidades de acesso à informação, evidenciam a urgência e a importância do revolver mesmo de aspectos elementares da imputação do dever de reparar. É que estes, esnobados em função da aparente singeleza haurida de sua trivialidade, são, em rigor, polos de irradiação de complexidades e incertezas, a exigir, portanto, um olhar atento da literatura especializada e do jurista prático. Dentre estes aspectos basilares, o mais relevante e, paradoxalmente, mais negligenciado, é o *dano*<sup>2</sup>; a própria razão de existir da responsabilidade.

A indisputável primazia do dano para a atribuição do dever de reparar é tributária de sua antecedência aos mecanismos reparatórios. É dizer:

O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar este princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar (AGUIAR DIAS, 1983, p.792).

Transposto este raciocínio às contemporâneas investigações acerca da reparação civil, acresce-se que inexistente responsabilidade sem dano ou, no limite,

---

<sup>1</sup> Tradução livre. No original: “La vida en sociedad comporta para toda persona un doble riesgo permanente: dañar y ser dañado”.

<sup>2</sup> “Os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexo causal) perdem relevância em face de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano. Por décadas relegado a um patamar secundário, advindo de sua verificação sob a ótica materialista, este pressuposto – então, efetivamente, pressuposto – o dano vem, pouco a pouco, conquistando lugar de destaque na atividade jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios mais diversos” (SCHREIBER, 2012, p.83).

sem a possibilidade concreta de sua ocorrência, no bojo de releitura quanto aos *telos* do juízo de reparação, no sentido de que: “o instituto da responsabilidade civil não está calcado em uma reparação, mas decorre do sentimento de prevenção. A reparação é a prevenção posterior (...). Dentro desta lógica preventiva é que surge a reparação e não o contrário” (GONDIM, 2015, p.81)<sup>3</sup>. Vale dizer: mesmo nos esquadros do que se alcunha de *responsabilidade sem dano*, o dano desempenha papel fundamental, por constituir aquilo que se pretende evitar mediante emprego de mecanismos de precaução e prevenção.

À parte obsoletas disputas conceitualistas, esmaecidas pelo decurso do tempo e por mudanças na percepção dos juristas acerca de sua vocação, o dano (e, mais que ele, o atributo *reparável*) margeia a generalidade das pesquisas e debates vanguardistas em matéria de reparação civil, os quais se dominam, no Brasil, pela problematização da culpa, do nexo de causalidade, da quantificação do prejuízo para fins de condenação e, de modo mais incipiente, das funções do juízo de reparação. A identificação mesma do dano (e não tanto a emergência de novos interesses jurídicos e novas modalidades de prejuízo *vis-à-vis* avanços tecnológicos e mudanças sociais), tomado conceitualmente como violação a um interesse<sup>4</sup> merecedor de tutela, portanto, não tem recebido a devida atenção por parte da literatura jurídica brasileira contemporânea, em que pese seu potencial para deflagrar mudanças qualitativas na sistemática de reparação civil.

É que, independentemente da aceção de responsabilidade da qual se parta (seja da clássica responsabilidade civil, cujos filtros tradicionais se assumem, amplamente, por erodidos<sup>5</sup>; seja da contemporânea responsabilidade por danos, haurida da intersecção das linhas-mestras da tutela prioritária do interesse da vítima, da máxima reparação e da solidariedade social), clareza

---

<sup>3</sup> Em idêntico sentido, mas com maior amplitude: “A responsabilidade por danos redescreve a linguagem da precaução, da prevenção e da reparação, com a extensão e a invocação de direitos e deveres às vítimas, aos lesantes e (ou) responsáveis e à sociedade. (...) Essa mudança de concepção parece mais adequada à problematidade relacionada à precaução e à reparação dos danos potenciais e concretos, mormente diante do desafio atual de cada um assumir por si e pelo Outro a responsabilidade pela esperança” (CUNHA FROTA, 2013, pp.212-213).

<sup>4</sup> O verbete “interesse” é empregado ao longo de todo o texto em sentido amplo, a significar *posição jurídica*. Optou-se pela referência àquele por ser o termo mais recorrente no estudo da e no trato com temática compreendida por este trabalho, tanto no âmbito da comunidade jurídica brasileira como na da alemã, inclusive e principalmente pelos marcos teóricos eleitos.

<sup>5</sup> A expressão “erosão dos filtros tradicionais do juízo de reparação” foi consagrada por Anderson Schreiber, em sua impactante tese de doutorado: SCHREIBER, A. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

quanto aos mecanismos de identificação e seleção de interesses merecedores de tutela – cuja lesão configura fato danoso e, portanto, permite a exigência plausível de reparação – é indispensável. Ou seja: tanto como dique de contenção de demandas frívolas (e, logo, como filtro propriamente dito), quanto como fator de ampliação da reparabilidade e (re)alocação de riscos, o dano clama por atenção da comunidade jurídica.

Esta – de resto evidente – razão para escrutínio deste renegado elemento do juízo de reparação ganha fôlego e força a partir do estabelecimento de contrastes entre os diferentes modelos de identificação de interesses protegidos – inclusive os integrantes de uma mesma tradição. É o que atesta, com eloquência, o confrontar do modelo brasileiro, predominantemente atípico, pois articulado a partir de cláusula gerais, com o modelo alemão, predominantemente típico, estruturado mediante emprego de técnica regulamentar. Vale dizer: os modelos codificados de reparação civil brasileiro e alemão, defrontados pelo idêntico problema da identificação dos interesses juridicamente tutelados (cuja lesão tem aptidão para, em tese, suscitar um dano reparável), alcançaram soluções diametralmente opostas. Isto não obstante, quando surpreendidos pela percepção de que a técnica legislativa empregada para tanto tornou-se irradiadora de insegurança, deferiram a solução comum: a confiança deste expediente à judicatura, quer para restringir as infinitas hipóteses de reparação existentes no aberto modelo brasileiro (cf. SCHREIBER, 2012, pp.116-117), quer para ampliar as estritas possibilidades de reparação contempladas pelo modelo teutônico (as quais serão oportunamente exploradas), conforme anunciam Kötz e Wagner:

No cerne da responsabilidade extracontratual, cujos alicerces desde 1900 muito pouco mudaram, o Direito Judicial é o motor do desenvolvimento do Direito. Deste modo, uma imponente catedral do *direito dos juízes* vem se edificando com o passar dos anos. Sua vista aérea permite perceber que nos últimos anos, novas torres e ameias foram erigindo, principalmente nas alas que dizem respeito às regras sobre responsabilidade fundada na violação do direito geral de personalidade e dos danos puramente econômicos<sup>6</sup> (KÖTZ e WAGNER, 2013, p.v).

---

<sup>6</sup> Tradução livre. No original: “Im Kernbereich des Deliktsrechts, dessen gesetzliche Grundlagen seit 1900 nur wenig verändert worden sind, ist die Rechtsprechung der Motor der Rechtsentwicklung. So ist über Jahre hinweg eine imposante Kathedrale des Richterrechts entstanden. Betrachtet man sie aus der Vogelperspektive, dann fällt auf dass in der jüngsten Zeit neue Turme und Zinnen vor allem in denjenigen Flügeln angebaut wurden, in denen die



Esta inusitada convergência de soluções se encontra no ebuliente contexto de travessia do moderno ao contemporâneo, marginado pelos modelos de Estado de Direito e de Estado Constitucional. A delimitação deste pano de fundo, com ênfase a suas rugosidades, determina tomada de consciência para o fato de que houve, apesar de um certo *delay* de alguns setores da literatura jurídica, uma série de mudanças qualitativas nas concepções dominantes de Estado e de Direito, as quais impactam, naturalmente, nas relações entre Jurisdição e Legislação e, conseqüentemente, no(s) sentido(s) atribuído(s) à segurança jurídica. E é, precisamente, o tortuoso caminho conducente à promoção de segurança jurídica na identificação do dano reparável nos contextos alemão e brasileiro contemporâneos cuja análise comparativa se propõe, com o objetivo de encontrar seu sentido na contemporaneidade.

Neste aspecto, as investigações adiante levadas a efeito conduzem à identificação de uma possível e suficiente resposta comum, a reforçar a indigitada confluência de soluções e seu afinar no diapasão das viragens conformadoras do dinâmico contexto em que se insere o recorte: segurança jurídica na identificação dos interesses merecedores de tutela reparatória e preventiva – e, conseqüentemente, a seleção dos danos reparáveis por cada modelo codificado de responsabilidade – se promove (ou se pode promover), nos contextos alemão e brasileiro, pela via do reconhecimento de forte componente criativo no âmbito da atividade jurisdicional, a clamar, inclusive, pelo avanço em relação a mecanismos estabilizadores, de que é exemplo o (controvertido na tradição continental) precedente judicial (*Präjudiz*).

A comparação proposta e levada a efeito nas seções seguintes parte da pontuação de um problema comum – promoção de segurança jurídica na identificação dos interesses protegidos pelo Direito de Danos – e se desdobra na ambiência por ele delimitada, tudo nos esquadros da consagrada metodologia do *problem-solving approach*, conforme delineado adiante.

O proceder do estudo, com algum incremento às dimensões do trabalho, orienta-se pela simetria na apreciação dos modelos analisados e de seus

---

Regeln zur Haftung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und wegen Verursachung reiner Vermögensschäden beheimatet sind“.

respectivos contrastes e pontos de contato. Cinde-se, então, em cinco seções: (1) indicação, justificação e explicação da metodologia empregada; (2) esboço do contexto em que as investigações tomam parte, com estabelecimento de seus pontos de partida; (3) descrição das particularidades do modelo codificado alemão de identificação do dano reparável e comentário crítico, com ênfase ao estado do desafio respeitante à promoção de segurança jurídica neste particular; (4) descrição das particularidades do modelo codificado brasileiro de seleção de interesses merecedores de tutela e comentário crítico, com o correspondente destaque à situação do problema de promoção de segurança jurídica neste quesito, e encaminhamentos à pontuação de convergência em torno de resposta comum; e (5) apontamentos conclusivos, com sintético apanhado das ideias trabalhadas nas seções anteriores e arremate quanto ao estado de questão analisada.

# 1 METODOLOGIA: PROBLEM-SOLVING APPROACH

A reparação de danos e os desafios a si inerentes integram o amplo espectro de problemas prioritários na ordem do dia dos grandes modelos de organização jurídico-política ocidentais hodiernos<sup>7</sup>. Sua dinâmica acelerada e sua sensível importância à vida em relação nas sociedades contemporâneas, contudo, fazem com que abordagens pragmáticas se sobressaiam e obnubilem estudos de viés teórico ou mesmo filosófico<sup>8</sup>. Apesar disto, o estágio de complexidade alcançado pelos modelos de reparação civil vinculados à tradição europeia-continental, a acusar algum esgotamento dos filtros e parâmetros de juízos de reparação, clama por enfrentamento sério, de perfil acadêmico, mas não desatento às demandas emergentes das comunidades de destinatários das normativas dos Direitos de Danos, especialmente no que concerne à *segurança jurídica*, que deixa a certeza da lei para se avizinhar da controlabilidade de razões. Isto porque a consequência natural da saturação dos variados modelos de reparação civil é a tonificação da atividade jurisdicional, *vis-à-vis* a textualidade da lei, de modo que:

O ritmo acelerado do ativismo judicial em todo lugar suscita um conjunto de questões difíceis acerca da legitimidade e do alcance da criação judicial do Direito. Como isto toca sensíveis convenções constitucionais, não se pode esperar respostas uniformes. (...) Em contraste [à postura dos juízes ingleses], corte alemãs e francesas são mais reticentes, ainda que, a considerar menos suas palavras que suas ações, elas não pareçam se sentir inibidas quanto à manutenção do Direito *pari passu* com as sempre dinâmicas percepções e mudanças sociais<sup>9</sup> (FLEMING, 1984, p.242).

<sup>7</sup> Dizia-se, ainda na primeira metade do século XX, que “a responsabilidade tem se elevado ao primeiro plano da atualidade judiciária e doutrinária; é a grande sentinela do Direito Civil mundial; a primeira entre todas” (JOSSERAND, 1941, p.548).

<sup>8</sup> A propósito, testemunha Zipursky: “A reparação de danos está entre as mais práticas e menos pomposas áreas do Direito (...). Assim, tal qual o sorvete de lagosta vendido em cidades costeiras turísticas, a existência de uma filosofia da reparação de danos como disciplina parece ser prova de que as pessoas estão dispostas a deglutir tudo o que lhes é servido” (2005, p.122). Tradução livre. No original: “tort law is among the most practical and least hi-falutin’ areas of law. (...) And so, like the lobster ice cream sold in a sea-faring tourist town, the existence of philosophy of tort law as a subject may seem to be proof that people will swallow just about anything that can be served up”.

<sup>9</sup> Tradução livre. No original: “The accelerating pace of judicial activism everywhere raises of course hard questions concerning the legitimacy and range of judicial lawmaking. Since this touches on sensitive relations of constitutional convention, no uniform answers can be expected. (...) By contrast, French and German courts are more reticent, though judged by their actions more than their words do not appear unduly inhibited in keeping the law attuned to changing social perceptions and aspirations”.

Neste giro, a existência de plúrimas e bastante díspares soluções ofertadas por variados modelos, no bojo de ordenamentos pertencentes a uma mesma família jurídica, somada às facilidades de acesso à informação propiciadas pela era informacional, acena para a conveniência (e indispensabilidade) de estudos comparados. É o que já há tempo se anota na caudilha da literatura jurídica brasileira:

Entre as ciências jurídicas, merece um destaque especial o Direito Comparado, pelo significado que assume na época atual como fator de universalização da Jurisprudência. Representa um dos esforços mais profícuos para suprir as consequências negativas decorrentes da nacionalização dos ordenamentos jurídicos, fenômeno que ocorreu de maneira crescente após o movimento de codificação, quando os sistemas de Direito Privado do mundo ocidental, erigidos em objeto primordial da Ciência do Direito, induziram os juristas a uma tendência quase viciosa a considerar esta como uma ordem de conhecimentos divididos em tantos compartimentos quantos fossem os países existentes (COELHO, 1972, p.261).

Mas este clamor não se dirige ao mau trato do Direito comparado por análises descompromissadas e que servem mais de *nariz de cera* que de comparação propriamente dita. Ao contrário: pede por esforços que não descuidem dos rigores exigidos por qualquer pesquisa séria, a principiar pela metodologia empregada<sup>10</sup> (cf. ODERKERK, 2015, pp.595-597). Daí porque convém, desde logo, aclarar os referenciais teórico-metodológicos e o iter seguido neste trabalho, com vistas ao alcance do objetivo de verificar e auferir a existência de um movimento convergente entre os modelos de reparação civil brasileiro e alemão em direção ao reconhecimento da autoridade do Direito Judicial e do componente criativo da atividade jurisdicional, no âmbito da oferta

---

<sup>10</sup> Não obstante a indispensabilidade de asserção da metodologia que se segue na pesquisa de viés comparado, da técnica não se pode fazer fetiche. Isto é: o *modo de fazer* o estudo deve ser adequado às peculiaridades de seu objeto. Assim: “É em função da cultura jurídica, em última análise o objeto de estudo do direito comparado, que o método não pode ser visto de modo a enfatizar a exatidão (...). Em matéria de comparação jurídica, método realmente é um caminho a ser seguido. (...) Na metodologia geral do direito comparado não é possível apresentar uma abordagem pronta e acabada” (HUSA, 2015, p.98). Tradução livre. No original: “It is owing to legal culture, the ultimate study object of comparative law, that the method cannot be seen in a way that emphasises exactness (...). In comparative law, method really is a path to be followed. (...) In the general methodology of comparative law it is not possible to present a clear-cut methodology with accurate demarcations”.

de segurança jurídica na contemporaneidade, apesar das notáveis diferenças quanto aos mecanismos de identificação dos danos reparáveis.

Os parâmetros da comparação – os modelos de reparação civil codificados brasileiro e alemão – foram selecionados à vista de suas radicais diferenças estruturais quanto à identificação dos interesses merecedores de tutela e às aparentemente diferentes acepções de segurança jurídica que acobertam. É que, enquanto o modelo alemão se pautava no arrolamento abstrato de interesses protegidos, completado por pequenas cláusulas de abertura, o modelo brasileiro tem, como espinha dorsal, duas amplíssimas cláusulas gerais, complementadas por pontuais disposições regulamentares. Esta curiosa constatação se acopla ao difundido interesse da comunidade jurídica brasileira pela tradição alemã (até pela influência que esta, historicamente, desempenha sobre aquela) para impulsionar, como sói acontecer entre os cultores do Direito Comparado (cf. KISCHEL, 2015, p.1), o estudo das peculiaridades de cada modelo quanto ao trato com o problema da oferta de segurança jurídica na identificação dos interesses protegidos. Parte-se, portanto, do *problema*, da dúvida a ele pertinente. Daí porque não se pode senão propor a circunscrição a à dimensão *micro*<sup>11</sup>, mas sem descuidar do contexto que circunda do recorte promovido.

Nesta senda, a notória e consagrada contribuição de Rabel (apesar das críticas dirigidas ao autor por não definir claramente sua metodologia, mas apenas pô-la em prática<sup>12</sup>) chama atenção para a importância de dois fatores fundamentais aos estudos comparados realizados ao nível da micro-comparação: *função* e *contexto*, até hoje valorizados pela vanguarda do Direito Comparado (cf. MARKESINIS, 1997-a, p.229). A primeira corresponde à

---

<sup>11</sup> “*microcomparação* é o estudo de um ou mais institutos ou instituições jurídicas, princípios ou regras, em dois ou mais sistemas jurídicos. Sua nota é a fragmentariedade: aborda sempre determinadas *frações* ou *aspectos* dos sistemas considerados, não seu conjunto. (...) [D]iferencia-se da *macrocomparação* porque não procura analisar famílias ou sistemas como um todo, limitando-se a analisar partes dos sistemas (ainda que deva levar em consideração na análise ou nesta faça referência às características mais gerais dos sistemas em exame, sob pena de incorrer em erros graves)” (SGARBOSSA e JENSEN, 2008, pp.143-144, grifos originais).

<sup>12</sup> Diz-se, a respeito da vasta obra do autor, que: “ironicamente, há pouco método em seu método. (...) Seu ‘método’ consistia em pouco mais que um conjunto de alegações gerais acerca das características da doutrina que serviria aos objetivos que ele identificou” (GERBER, 2001, pp.198-199). Tradução livre. No original: “ironically, there is little method in his method. (...) His ‘methodology’ consisted of little more than a set of general claims about the characteristics of scholarship that would serve the goals he had identified”

essência da metodologia rabeliana, que privilegiava o *concreto*, em esforços direcionados à transposição da fachada da linguagem, de modo que:

o texto positivado não deve estruturar a análise, porque estudos conceituais e linguísticos de articulados de normas em sistemas de direito estrangeiro têm pequeno valor intrínseco (...). O modo [correto] de adquirir informações relevantes sobre determinado sistema de direito estrangeiro é perguntar como certas regras e princípios se relacionam a uma situação de fato específica. O que conta é como as normas são aplicadas<sup>13</sup> (GERBER, 2001, p.199).

Assim, ao contrário do que sugerem os diversos capítulos de trabalhos (acadêmicos ou não) dedicados ao “direito comparado”, a mirada do estudioso deve buscar não a expressão formal dos textos normativos cotejados, mas a realidade concreta na qual seu conteúdo normativo se faz valer. O importante é, pois, a função desempenhada pelas normativas (de rigor, positivadas ou não) apreciadas; a maneira com que os operadores jurídicos delas se valem para a resolução de problemas específicos<sup>14</sup>. Mas esta consideração não pode operar em abstrato. Antes, é preciso tomar em conta o *contexto* no qual funcionam os objetos da comparação. Assim:

O analista deve entender a função – a realidade concreta – à qual as normas jurídicas se relacionam, mas somente o pode fazer se observar o contexto em que operam. Cognitivamente, as duas operações se enovelam. (...) O analista deveria considerar todos os fatores que influenciam as normas e procedimentos empregados na resolução de um problema particular<sup>15</sup> (GERBER, 2001, p.200).

A proposta funcional-contextualista, portanto, recomenda a análise da dinâmica de normativas aparentadas, sobretudo por seu perfil funcional, à luz do

---

<sup>13</sup> Tradução livre. No original: “The written text should not structure the analysis, because conceptual and linguistic analyses of the articulated norms of a foreign legal system had little value by themselves. (...) The way to acquire relevant information about a foreign legal system was to ask how such rules and principles related to a specific fact situation. What counted was how the norms were applied”.

<sup>14</sup> É o que confirma Schmidt: “O método funcional exige que se faça a comparação entre dois ou mais ordenamentos jurídicos não com base em normas, conceitos ou figuras da dogmática, mas sim com base em um determinado conflito da vida real e o mecanismo que um ordenamento jurídico prevê para sua solução” (2009, p.148).

<sup>15</sup> Tradução livre. No original: “The analyst has to understand the function—the concrete reality—to which legal norms relate, but she can do so only by looking at what they do in context. Cognitively, the two operations are intertwined. (...) The analyst was supposed to look at all the factors that influenced the norms and procedures that addressed a particular problem”.

contexto em que operam<sup>16</sup>. As radicais diferenças estruturais existentes entre os modelos de reparação civil brasileiro e alemão, contudo, representam dificuldades ímpares à aplicação deste viés metodológico, pois as características de cada modelo condicionam sua aplicação de maneira muito díspar. A consagrada abordagem (neo)rabeliana<sup>17</sup>, portanto, é desafiada logo pelo primeiro teste preliminar à comparação: o da comparabilidade<sup>18</sup>. O recorte do problema eleito, entretanto, abre as portas para uma comparação operada segundo parâmetros semelhantes, mas ao mesmo tempo distintos. É que a inusitada convergência em torno do *problema* da oferta de segurança jurídica em face do aparente esgotamento dos elementos da comparação proposta – e também da solução a ele ofertada, a contrastar com as divergências na estruturação dos modelos codificados no particular – representa campo fértil a seu estudo cotejado a partir do conhecido *problem-solving approach*<sup>19</sup>, assim explicitado por Örüçü:

---

<sup>16</sup> “Na *comparação funcional*, o problema normalmente remete à forma com que institutos e práticas jurídicas nos sistemas estudados se prestam, de modos semelhantes, à solução de problemas. Na comparação funcional, o objetivo é identificar como o mesmo (ou quase o mesmo) problema sócio-jurídico X é resolvido em diferentes sistemas jurídicos. As provisões e práticas a serem comparadas são selecionadas porque se objetiva, por meio delas, a resolução de um mesmo problema sócio-jurídico; portanto, o objetivo é encontrar *equivalências funcionais*” (HUSA, 2015, p.119). Tradução livre. No original: “In *functional comparison* the problem setting typically takes the form in which legal institutions and practices in the legal systems studied have a similar problem-solving function. In functional comparison the aim is to localise how the same (or almost the same) socio-legal problem X is solved in different legal systems. The provisions and practices to be compared are selected because the aim is that by means of them the same socio-legal problem could be solves, and therefore the aim is to find *functional equivalences*”.

<sup>17</sup> Exemplo singular desta corrente é Basil Markesinis, que arrosta os contemporâneos desafios que a ela se colocam em *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: the story of the last thirty-five years*. Oxford: Hart Publishing, 2003

<sup>18</sup> “O *princípio da comparabilidade*, é resumido, conforme nos lembra Léontin-Jean Constantinesco, na máxima de que ‘*on doit comparer seulement les choses comparables*’, ou seja, de que deve-se comparar somente coisas comparáveis. (...) Com efeito, quanto maiores forem as diferenças entre os sistemas jurídicos que se pretende confrontar, tanto maiores as dificuldades com as quais se depara o pesquisador, e tanto mais lhe será exigido esforço para obter um resultado seguro, evitando distorções e equívocos” (SGARBOSSA e JENSEN, 2008, p.132).

<sup>19</sup> A eleição desta postura metodológica não operou aleatoriamente, mas à vista das peculiaridades do tópico recortado e da maior adequação daquela a este, em relação às diversas outras propostas metodológicas existentes no âmbito da comparação jurídica. Faz-se a ressalva porque, no dizer de Kischel, A questão do método no Direito Comparado é marcada por uma estranha controvérsia. Talvez não haja ramo da ciência jurídica no qual definições metodológicas se interpretam de maneira tão fundamentalmente problemática” (2015, p.92). Tradução livre. No original: „Die Frage nach Methode in der Rechtsvergleichung ist von einem seltsamen Widerspruch gekennzeichnet. Einerseits gibt es kaum einen Zweig der Rechtswissenschaft, in dem so viel über Methode geschrieben, in dem die Methode als so grundlegend problematisch auslegen wird“.

Ao nível da micro comparação, é voz corrente a opinião de que a verdadeira base do direito comparado seria a 'equivalência funcional'. E o funcionalismo se divide em duas correntes: o 'método funcionalista', uma das mais conhecidas ferramentas disponíveis ao comparatista, e 'funcionalismo', no sentido de que o Direito responde às necessidades humanas e, portanto, todas as regras e instituições têm o propósito de atender a estas necessidades. A abordagem funcional-institucional responde à pergunta 'Que instituição no sistema B desempenha função equivalente à instituição analisada no sistema A?'. A partir da resposta a esta pergunta, o conceito de 'equivalência funcional' emerge (...). O *problem-solving approach* – a outra face da mesma moeda – pergunta 'Como um problema social ou jurídico específico, encontrado tanto na sociedade A quanto na sociedade B, é resolvido?; i.e., 'que instituições jurídicas ou de outra sorte o enfrentam?'. Esta abordagem, semelhante ao *approach* 'funcionalista', parte da crença de que problemas similares têm soluções similares em diferentes sistemas jurídicos, ainda que alcançadas por caminhos diversos. Diz-se que 'o fato de o problema ser o mesmo confere comparabilidade' (...). De acordo com a abordagem funcional-institucional, as questões acima, uma vez respondidas, são imediatamente convoladas em questões funcionais<sup>20</sup> (2006, p.443).

A opção por esta abordagem, para além do facilitador quanto ao ponto de partida, deve-se à constatação de que a reparação de danos, malgrado tenha diferentes sentidos em diferentes ordenamentos jurídicos, gira em torno de um corpo de questões comuns, que dizem respeito às modalidades de lesão a interesses protegidos que têm o condão de ensejar a imputação do dever de reparar (cf. BUSSANI e SEBOK, 2015, p.1). Nesta toada, então, é que se define: (i) o problema sobre o qual se concentram as investigações, correspondente à possibilidade de segurança jurídica na identificação dos interesses mercedores de tutela, diante do aparente esgotamento de ambos os modelos (pelas contrastantes flexibilidade e rigidez que lhes são inatas); (ii) o primeiro elemento de comparação (*comparandum*), consistente no modelo brasileiro codificado de

---

<sup>20</sup> Tradução livre. No original: "At the level of micro comparison, it has been widely argued that the true basis of comparative law is 'functional equivalence'. Two distinct currents of functionalism are on offer: the 'functionalist method', one of the best-known working tools in comparative law, and 'functionalism' in the sense that law responds to human needs and therefore all rules and institutions have the purpose of answering these needs. The functional-institutional approach answers the question 'Which institution in system B performs an equivalent function to the one under survey in system A?' From the answer to this question the concept of 'functional equivalence' emerges (...). The problem-solving approach – the other side of the same coin – asks the question 'How is a specific social or legal problem, encountered both in society A and society B, resolved?'; i.e., 'which legal or other institutions cope with this problem?' This approach, similar to the 'functionalist' approach, springs from the belief that similar problems have similar solutions across legal systems, though reached by different routes. It is said that 'the fact that the problem is one and the same warrants the comparability' (...). According to the functional-institutional approach the above questions, once answered, are immediately transplanted into functional questions".



reparação civil; (iii) o segundo elemento de comparação (*comparatum*), consubstanciado no modelo alemão codificado de reparação civil; e (iv) o terceiro elemento de comparação (*tertium comparationis*), seu “atributo comum essencial” (SGARBOSSA e JENSEN, 2008, p.182), que respeita à convergência dos modelos analisados quanto à solução para o problema recortado, de paulatino reconhecimento e valorização do caráter criativo da atividade jurisdicional<sup>21</sup>.

O trato com estes elementos, em homenagem à acertada exigência de se ir além da expressão textual de enunciados normativos<sup>22</sup> (proveniente tanto do Direito Comparado quando da contemporânea Teoria do Direito, como se viu e verá), perpassará a análise de numerosos julgados, sobretudo das Cortes de Vértice alemãs (*Bundesgerichtshof* e *Bundesverfassungsrecht*) e brasileiras (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), face à relevante função nomofilática por elas desempenhada<sup>23</sup>. Isto não significa, contudo, uma aproximação às variáveis metodológicas casuísticas<sup>24</sup>, até porque a autoridade e a estabilidade de decisões pretéritas, mesmo destas Cortes, são um objeto ainda em começo de construção (BAADE, 2002, pp.6-7). Assim, as referências a casos julgados se darão em caráter ilustrativo, na dimensão do exemplo, e não da metodologia, já que sintomizam as mudanças detectadas e apontadas pela literatura.

A investigação dos tópicos eleitos, então, transcorre em cinco etapas, não necessariamente correspondentes às divisões formais do trabalho, as quais foram indicadas acima: (a) delimitação da temporalidade e da espacialidade que

---

<sup>21</sup> Para uma explanação didática das noções de *comparandum*, *comparatum* e *tertium comparationis*, bem como de sua valia para o Direito Comparado, v. SGARBOSA, L. F. e JENSEN, G. *Elementos de Direito Comparado...*, pp.182 e ss.

<sup>22</sup> A propósito, reforça Markesinis: “Não se pode começar a entender um sistema jurídico estrangeiro pelo simples estudo de seus códigos, de suas leis, de seus manuais; é preciso enfrentar e compreender seu Direito Judicial antes que se possa começar a entendê-lo em sentido amplo” (1997, p.177). Tradução livre. No original: “One cannot begin to understand a foreign legal system simply by studying its codes, its statutes, its text books; one must tackle and understand its case law before one can start acquiring a clear picture of the law”.

<sup>23</sup> Trata-se, no contexto do Estado Constitucional, da função de “promover a unidade do Direito mediante sua adequada interpretação” (MITIDIERO, 2013, p.67).

<sup>24</sup> Interessante panorama destas possibilidades foi traçado em FREITAS FILHO, R. e LIMA, Thalita M. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, n.21, pp.1-17, jul-dez/2010. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/1206/1149>>. Última consulta em 05.05.2016.

margeiam o recorte promovido e delineamento dos conceitos-chave e termos de comparação; (b) descrição dos objetos de comparação em seus respectivos contextos; (c) estabelecimento de contrastes e indicação de pontos de contato entre os termos da comparação; (d) enfeixamento destes contrastes e pontos de contato, à luz do escopo da pesquisa; e (e) verificação da hipótese inicialmente apresentada, de que segurança jurídica substancial na identificação dos danos reparáveis (seleção de interesses merecedores de tutela) se promove (ou se pode promover), nos contextos alemão e brasileiro, via juízo de realidade (e de valor) acerca do caráter criativo da atividade jurisdicional.

## 2 ESTADO DE DIREITO E ESTADO CONSTITUCIONAL

O escrutínio do problema da realização da segurança jurídica no curso da seleção de interesses protegidos – e, portanto, de identificação dos danos reparáveis – nos modelos codificados de reparação civil alemão e brasileiro dá-se, como não poderia deixar de ser, numa espacialidade e numa temporalidade determinadas. A primeira remete ao campo do conhecimento, à dimensão gnosiológica, em que se desenrolarão as investigações, i.e.: a erupção do problema da segurança jurídica na identificação dos interesses merecedores de tutela nos modelos extracontratuais de reparação de danos consagrados pelas codificações civis brasileira e alemã, no bojo da releitura das relações entre Legislação e Jurisdição promovida pela emergência do modelo de Estado Constitucional. A segunda, por seu turno, diz com a transição, a travessia, do moderno ao contemporâneo (cujo termo inicial se pode precisar, operativamente, no termo final da Segunda Grande Guerra) no espectro da espacialidade referida.

O recorte proposto se justifica porque a ascensão e queda dos totalitarismos no mundo ocidental, em meados do século XX, forjou um novo modelo de calibragem das tensões entre *voluntas* e *ratio*, entre poder e direito, no clima histórico do pós-Segunda Guerra: um novo constitucionalismo, pautado por valores substantivos<sup>25</sup> que impulsionaram recompreensão da coincidência do princípio democrático com o princípio majoritário<sup>26</sup> e, consequentemente, da

---

<sup>25</sup> “Algun limite substancial, com efeito, é necessário para a sobrevivência de qualquer democracia. Sem limites relativos aos conteúdos das decisões legítimas, uma democracia *não pode* (ou, ao menos, *pode não*) sobreviver. Em teoria, sempre é possível que, com métodos democráticos, suprima-se, por maioria, os próprios métodos democráticos: não apenas os direitos de liberdade e os direitos sociais, mas também os direitos políticos, o pluralismo político, a divisão de poderes, a representação. Em outras palavras: todo o sistema de regras que constitui a democracia política” (FERRAJOLI, 2009, p.79). Tradução livre. No original: “Sin limites relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia *no puede* (o al menos *puede no*) sobrevivir. En teoría, siempre es posible que con métodos democráticos se supriman, por mayoría, los propios métodos democráticos: no sólo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los derechos políticos, el pluralismo político, la división de los poderes, la representación, en otras palabras, todo el sistema de reglas que constituye la democracia política”.

<sup>26</sup> É o que diz Costa: Pode-se ter a *democracia constitucional* da segunda metade do séc.XX como síntese duma “tentativa de oferecer uma solução de qualquer forma conclusiva para uma tensão que atravessa toda a cultura político-jurídica ocidental: a tensão entre poder e direito, entre *voluntas* e *ratio*” (2010, p.236). A propósito, cf. também DWORKIN, R. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard, 2006, p.134 e ss.

própria noção de democracia formal ou procedimental (cf. FERRAJOLI, 2009, p.75). Isto é: nascia um renovado desenho constitucional, cuja palavra de ordem “é uma democracia que se realiza com a promoção dos direitos fundamentais e invioláveis da pessoa” (COSTA, 2010, p.235), haurida da assunção de que “a democracia é a consequência organizacional da dignidade humana, não mais, nem menos”<sup>27</sup> (HÄBERLE, 1995, p.303).

Esta profunda transformação qualitativa se materializou com a inauguração de um novo modelo<sup>28</sup> de organização política, conformador de “uma verdadeira e própria nova Era na plurissecular trajetória do Estado moderno europeu” (FIORAVANTI, inédito, p.3), que faz rebrotar a supremacia constitucional como garantia de limite, de inviolabilidade de uma esfera de decisões fundamentais (cf. FERRAJOLI, 2009, pp.91-92), no sentido de, após a guerra, “implementar uma virada radical, para assegurar a todos que agora existiria uma lei fundamental capaz de impedir que se reafirmassem, no futuro, as condições para um retorno ao recente passado ditatorial” (FIORAVANTI, 2013, p.11). Assim:

É bem verdade, historicamente, que uma grande transformação – uma só, em vários níveis – teve início em meados do século passado, expressando-se, em primeiro lugar, nas Constituições do pós-guerra, passando, em seguida, por sua difícil implementação e, por fim, através da atual e difícil passagem da Europa. É um movimento único, com altos e baixos, e não a sucessão esquizofrênica de soluções opostas. Mas, acima de tudo, é uma transformação ainda em curso e que (...) tem uma importância não inferior àquela que a precedeu. O que estamos testemunhando é uma luta pela afirmação de um novo tipo histórico de democracia, a democracia constitucional, fundada sobre os direitos da pessoa, que, por sua vez, fundam-se na supremacia da Constituição (FIORAVANTI, 2013, p.21).

Destarte, conquanto as linhas-mestras do Estado Moderno permaneçam algo intocadas, podem-se vislumbrar quatro diferenças bastante substantivas entre o ascendente Estado Constitucional e o descendente Estado Nacional de

---

<sup>27</sup> Tradução livre. No original: “Demokratie ist die organisatorische *Konsequenz* der Menschenwürde, nicht mehr, aber auch nicht weniger”.

<sup>28</sup> “Modelo constitucional”, conquanto não corresponda, exatamente, a uma expressão valorativa, comporta pontual esclarecimento: “Por ‘modelo constitucional’, queremos dizer o conjunto de crenças médias, dos intérpretes, da classe política e dos cidadãos, a determinar a vida concreta da Constituição, dando-lhe significado” (FIORAVANTI, 2001, p.814). Tradução livre. No original: “Per ‘modello costituzionale’ intendiamo quel l’insieme di convinzioni medie, degli interpreti, della classe politica, degli stessi cittadini, che determinano la vita concreta della Costituzione, attribuendole un significato prevalente”.

Direito<sup>29</sup>. A principiar pela técnica empregada na redação dos textos constitucionais e findar pela projeção supranacional de valores consagrados pelo direito interno para o âmbito do direito internacional, e vice-versa, passando, por evidente e com muita força, pela reformulação das relações entre Legislação e Jurisdição e pelo elastecimento do princípio da igualdade.

A primeira destas viragens, em sentido lógico e cronológico (ainda que visceralmente ligada à última das enunciações adiante arroladas), diz com o vértice do ordenamento, que passa a se ocupar por enunciados de baixa densidade normativa e altíssima carga axiológica, os quais, carentes de hipótese de incidência, não bem se afiguram como regras, pelo que devem ser implementados mediante mecanismo mais frágil e complexo que a simples subsunção<sup>30</sup>: a atuação progressiva do legislador ou do juiz<sup>31</sup>. Não convém replicar a já batida diferenciação entre regras e princípios, bastando, para tanto e em caráter operativo, a menção à precisa colocação de Bodin de Moraes:

[A]s normas jurídicas podem ser divididas nestes dois tipos, diferentes entre si: as regras, dotadas de maior grau de concreção, e os princípios, dotados de maior grau de abstração. Enquanto as regras, em cuja estrutura se reúnem o pressuposto fático e a consequência jurídica de sua ocorrência, ainda podem admitir o procedimento de subsunção aos fatos concretos, os princípios, por não possuírem a mesma estruturação, traduzem a prescrição de um valor ao qual

---

<sup>29</sup> “Com estas fórmulas, indicam-se tipos ideais que somente ostentam clareza conceitual na medida em que descontadas aproximações, contradições e incompatibilidades por si não contempladas” (ZAGREBELSKY, 2011, p.21). Tradução livre. No original: “Con estas fórmulas se indican tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo real de los hechos deben darse por descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran. Éstas, no obstante, son útiles para recoger a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de las etapas históricas del Estado moderno”.

<sup>30</sup> O signifiante *subsunção*, por ser facilmente associável a uma superada abordagem formalista do fenómeno jurídico, tem seus sentido e extensão não raro bastante esgarçados. Seu emprego, aqui, não se dá em caráter avaliativo (para mal ou bem), mas apenas como indicativo da aplicação de determinada expressão que ordena, proíbe ou permite certa conduta a um determinado evento concreto, situado no empo e no espaço, e protagonizado por indivíduos (cf. BULYGIN, 2003, pp.11-13).

<sup>31</sup> A propósito, sem embargo de estar-se a dizer o óbvio: “Os padrões constitucionais de validade substancial são identificáveis com a proteção de direitos fundamentais, como o princípio da igualdade, a imanente dignidade da pessoa humana, variados direitos civis e políticos, bem como os ‘direitos de bem-estar’, como os direitos à saúde, à educação, à assistência social e assim sucessivamente” (PINO, 1999, p.530). Tradução livre. No original: “The constitutional standards of substantive validity are mainly identifiable with the protection of fundamental rights, such as the principle of equality, the immanent dignity of the human being, various civil and political rights, as well as ‘welfare rights’, such as the right to health, to education, to social assistance and so on”.

atribuem positividade – trata-se pois, de normas que *impõem a realização de um valor* (2013, p.2).

Deste modo, os princípios se afiguram como mecanismos garantidores da justiça individual, posto que “visam a deixar aberta a solução para um conflito de interesses a ser objeto de decisão pelo aplicador, mediante a consideração das razões privilegiadas pelos princípios que entrarem concretamente em conflito” (ÁVILA, 2006, p.197)<sup>32</sup>.

Em função da consagração da supremacia constitucional e do emprego de enunciados abertos pelos elaboradores dos textos destas leis fundamentais, e simetricamente a àqueles, as relações entre Legislação e Jurisdição alteram-se profundamente<sup>33</sup>, sem que se possa falar, como antes, no modelo de Estado de Direito, em patologias decorrentes de infringências à separação de poderes. E assim é pela razão de que: “No Estado Constitucional a certeza do direito não é mais presumida como um efeito necessário da lei (...) [mas passível de promoção] muito mais por meio da interpretação, da correção, ou com a eventual remoção, por meio do controle de constitucionalidade, da lei, essencialmente por obra da jurisprudência” (FIORAVANTI, inédito, p.5). Assim:

A separação absoluta entre a função do poder legislativo, como criador das normas gerais, e do poder judiciário, como mero aplicador destas normas, resta insustentável. Não pela crítica de Kelsen, é dizer, não porque os juízes ditem normas individuais que dificilmente poderiam ser consideradas criações do direito, mas porque os juízes criam, também, normas gerais<sup>34</sup> (BULYGIN, 2003, p.25).

---

<sup>32</sup> Isto porque – conquanto a transcrição diga mais com a noção de derrotabilidade normativa à luz da Teoria do Direito contemporânea – “uma vez incorporados os princípios às constituições com mais elevado grau de normatividade, eles passam a exercer um ‘efeito de irradiação’ sobre o ordenamento jurídico e, dessa maneira, atuam como as razões mais relevantes para a justificação das decisões que julgam contrariamente a aplicação de determinada norma jurídica em situações nas quais ela deveria se aplicar ordinariamente” (BUSTAMANTE, 2010, p.88). Tradução livre. No original: “Una vez incorporados los principios a las constituciones con el más elevado grado de normatividad, ellos pasan a ejercer un «efecto de irradiación» sobre el ordenamiento jurídico y de esa manera actúan como las razones más relevantes para la justificación de las decisiones que juegan en contra de la aplicación de una determinada norma jurídica en situaciones en las que debería ser aplicada ordinariamente”.

<sup>33</sup> É que o emprego de princípios e outros enunciados de baixa densidade normativa à resolução de casos concretos “deve obedecer a critérios específicos que visam a diminuir a arbitrariedade mediante a introdução de estruturas argumentativas intersubjetivamente controláveis” (ÁVILA, 2006, p.197).

<sup>34</sup> Tradução livre. No original: “La separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de las normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible. No por la crítica de Kelsen, es decir, no porque los jueces dicten normas individuales que difícilmente puede considerarse como creación del derecho, sino porque los jueces crean también normas generales”.

Mais que isso, a Lei, expressão máxima da juridicidade no Estado de Direito, torna-se submissa à normatividade constitucional (cf. ZAGREBELSKY, 2011, p.39), pelo que o princípio da legalidade – e seus desdobramentos sobretudo na seara da segurança jurídica – sofre grandes e profundos abalos<sup>35</sup>. Assim: “Em Estados Constitucionais, portanto, a legislação mesma está *sub lege*, o que tolhe a aceitabilidade do *dogma* do legislador onipotente”<sup>36</sup> (PINO, 1999, 529).

Por consequência, o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico. Recorde-se que o princípio da legalidade, no Estado legislativo, implicou na redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava. Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios da justiça.

Na verdade, ainda que não houvesse a consciência de pluralismo, somente com uma ausência muito grande de percepção crítica se poderia chegar à conclusão de que a lei não precisa ser controlada, por ser uma espécie de fruto dos bons, que se coloca acima do bem e do mal, ou melhor, do executivo e do judiciário (MARINONI, 2013-a, p.43).

Além disso, o princípio da igualdade preserva sua primazia, mas tem seus limites bastante alargados, bem como substituído seu centro de gravitação: sai o indivíduo da tradição oitocentista, entra a pessoa concretamente situada (cf. FIORAVANTI, 2013, pp.12-13). Vale dizer: sob os auspícios da promoção dos direitos da pessoa e de sua colocação em patamar de dignidade social, afirmam-se a intangibilidade das liberdades pessoais e os direitos de feição

---

<sup>35</sup> A propósito: “Com efeito, a novidade que o constitucionalismo introduz na estrutura das democracias é que também o supremo poder legislativo se encontra juridicamente regulado e limitado, não apenas no que respeita às formas, que garantem a afirmação da vontade da maioria, mas também à substância de seu exercício, vinculado ao respeito de normas constitucionais específicas, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2009, p.78). Tradução livre. No original: “Em efecto, la novedad que el constitucionalismo introduce en la estructura de las democracias es que también el supremo poder legislativo se encuentra juridicamente regulado y limitado, no sólo en lo que respecta a las formas, que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales”.

<sup>36</sup> Tradução livre. No original: “In a constitutional state, then, legislation itself is *sub lege*, which no longer renders acceptable the ‘dogma’ of the omnipotent legislator”.

social. Esta aparente duplicidade é reconduzível a uma única matriz, afinada no diapasão de uma nova concepção do sujeito de direito e do princípio da igualdade (cf. FIORAVANTI, 2013, p.12), o qual determina que “não somente ‘todos’ os direitos devem ser garantidos; estes devem ser também garantidos a todos” (COSTA, 2012, p.282), a transparecer que se tenta superar a contradição entre uma igualdade formal e as concretas discriminações. Neste quesito, ressalta Costa: “Para ter certeza de que os ‘todos’ sejam verdadeiramente ‘todos’ reforçou-se a necessidade de enumerar as mais diversas classes de sujeitos potencialmente ou efetivamente discriminados, de modo a tornar concreta e efetiva a aplicação do princípio de igualdade para cada uma dessas classes de sujeitos” (2012, p.282).

Enfim, a normatividade dos textos constitucionais, sobretudo os de maior carga valorativa, tende a ganhar sentido não apenas em relação ao direito interno, mas igualmente no plano supranacional, o qual também é timbrado pelo papel ativo e protagonista da jurisdição (cf. COSTA, 2012, pp.281 e ss), amplamente revelado pela atividade desempenhada pela Corte Europeia de Justiça, pela Corte Europeia de Direitos Humanos (cf. CIVITARESE, 2015, pp.179 e ss; e BAADE, 2002, pp.9-19) e as Cortes Supremas de Estados Sul-Americanos (cf. SILVA, 2010, pp.515-530). Assim, ilustrativamente:

As convenções internacionais de direitos humanos, bem como as contrapartidas regionais, tais como a CEDH, representam um fator de abertura do Estado de Direito ao que vem de fora. Hoje, sugere-se uma ‘comunidade mundial de Estados Constitucionais’ (...). A condição supranacional do Estado (W. von Simson), bem assim a condição do Estado supranacional, é tangível, tanto remotamente quanto à distância<sup>37</sup> (HÄBERLE, 1995, p.306).

Isto representa uma extraordinária fluidificação das fronteiras nacionais, sobretudo no sentido de consolidação progressiva de valores fundamentais comuns, a orbitar em torno da pessoa concreta e historicamente situada (e não de uma figura abstrata e intangível, como o sujeito de direito da tradição iluminista). Tais influxos, ademais e em que pese a natural tendência de

---

<sup>37</sup> Tradução livre. No original: “Die internationalen Menschenrechtspakte, aber auch die regionalen Entsprechungen wie die EMRK bilden ein Element dieser Offenheit des Verfassungsstaates nach außen. Heute deutet sich eine ‚Weltgemeinschaft der Verfassungsstaaten‘ an (...). Die überstaatliche ‚Bedingtheit des Staates‘ (W. von Simson), freilich auch die *staatliche* Bedingtheit des *Überstaatlichen* wird greifbar: im nahen wie im fernen”.



harmonização, não necessariamente são refratários ao pluralismo, senão na dimensão de *inclusão*, ao menos de *tolerância*, sobretudo em virtude da atividade desempenhada pelas Cortes Internacionais.

Enfim, e conclusivamente, pode-se afirmar que:

É isto que marca o advento do 'Estado Constitucional' (*Verfassungsstaat*), caracterizado pela supremacia da Constituição e dos valores nela consagrados (não 'constituídos') sobre toda a atividade do Estado, mesmo a atividade legislativa. E, sobretudo, caracterizado pela instituição de um sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis (HESPANHA, 2012, p.397).

Dada a forte tônica nos valores indisputáveis da pessoa e na fiança em enunciados de baixa densidade normativa, a demandar, para alcançar concretude, precisão de sentido na resolução de casos concretos (cf. BRAITHWAITE, 2002, pp.49 e ss), diz-se que o modelo de Estado Constitucional poderia ser graficamente representado por um “triângulo que tem a Constituição no vértice, e Legislação e Jurisdição nos dois lados” (FIORAVANTI, inédito, p.9). Esta elucidativa ilustração, malgrado bastante redutora de complexidade, chama atenção ao *problema* fundamental que se coloca à teoria e à prática do direito na contemporaneidade: o de encontrar um *ponto de equilíbrio* entre Legislação e Jurisdição<sup>38</sup>. Isto porque, no dizer de Brandão, “os princípios têm um rosto de Jânus: se, por um lado, visam a reduzir a discricionariedade judicial nos casos difíceis; por outro, podem servir de base para uma atuação judicial sujeita a parâmetros jurídicos muito tênues” (2012, p.61). Este e os demais desafios colocados pelo advento do referido modelo arrostam o jurista e clamam pela enunciação de soluções aceitáveis, que não traiam ideais de justiça e de segurança (cf. PÉREZ LUÑO, 2000, pp.32-33). Assim:

Independentemente de tudo quanto se possa pensar sobre a possibilidade da existência de valores socialmente consensuais (...), o certo é que esta ênfase no 'permanente', no 'consensual', no 'materialmente justo', ao mesmo tempo que limite o legislador, depõe

---

<sup>38</sup> A propósito e já com o adiantamento de questões que serão arrostadas adiante: “Hoje, ainda com maior ênfase, a ética da confiança no direito positivado a equilibrar-se com a estabilidade de entendimentos jurisdicionais, os quais, por si só, se imutáveis indefinidamente ou mutáveis imotivada ou constantemente também geram insegurança. Tal temperamento passa pelo rigor da fundamentação racional das decisões e alcança o sentido da segurança não apenas como garantia de legítimas expectativas, mas também como incidência material da legalidade constitucional” (FACHIN, 2014, p.17).

de novo na mão dos juristas o papel de oráculos da justiça. Na verdade, quando se proclamam valores consensuais, embebidos no próprio trato social, não se está a remeter – como acontece com algumas orientações contemporâneas da teoria do direito – para a sensibilidade popular (ou ‘quotidiana’) ou para as realidades que a vida aceita como dadas (*taken for granted*). Mas para a sensibilidade tecnicamente educada dos juristas, como detentores de um saber prudencial capaz de revelar os consensos, de lhes dar a forma adequada ou, pelo menos, de estabelecer compromissos que sejam substanciais e não meramente dilatórios (HESPANHA, 2012, pp.397-398).

Neste giro, coloca-se a necessidade de despertar para este novo tempo e de romper com os vencidos pressupostos do positivismo exegético, de que, no dizer de Boileux, “interpretar não é mudar, inovar; consiste em fixar o sentido exato, verdadeiro, de uma disposição, e determinar como se a empregar: a interpretação, qualquer que seja a fonte de que emana, corresponde sempre aos mesmos fins. Na verdade, há apenas uma espécie de interpretação”<sup>39</sup> (1856, p.28). Isto sobretudo porque a recompreensão do potencial do direito positivo, no alvorecer do modelo de Estado Constitucional, fez mudar “o modo de produção do direito em um sentido estrutural, com referência à estrutura das fontes e aos atos fundamentais da legislação e da jurisdição” (FIORAVANTI, inédito, p.14), no sentido de inserir normas de princípio, cujo caráter normativo fora, como se sabe, renegado por muito tempo. Nos esquadros do assim chamado segundo constitucionalismo, então, o direito legislado perde tónus diante da Constituição, ao passo que a jurisdição ganha força e valor, pois:

a Constituição pode se dizer realizada somente através de um processo articulado (...) em que seja o legislador, seja o juiz, tenham ambos desempenhado o seu papel, sem o que não podemos mais dizer que é o soberano, quem, entre os dois, dá a última palavra. (...) O que está acontecendo na nossa frente (...), no sentido de um papel acrescentado à jurisdição na produção do direito, não deve ser visto em termos de uma usurpação de poderes em prejuízo ao legislativo, como se estivesse ocorrendo uma luta entre poderes que, virando-se a favor dos juízes, determinaria um resultado negativo para a democracia, identificada com o poder representativo do povo soberano (FIORAVANTI, inédito, pp.16 e 18).

É dizer, com maior minúcia:

---

<sup>39</sup> Tradução livre. No original: “*interpréter*, ce n’est pas *changer*, *innover*; c’est fixer le sens exact, véritable d’une disposition, et déterminer sa portée : l’interprétation, de quelque source qu’elle émane, conduire donc au même but. En réalité, il n’y a qu’une seule espèce d’interprétation”.

O direito vigente não se restringe à lei, mas é sempre resultado de um processo evolutivo de concretização, do qual a jurisprudência participa de maneira decisiva; porque o juiz – queira ou não o legislador – é chamado não apenas para aplicar a lei, mas também para aperfeiçoá-la: trata-se sempre de uma atividade necessariamente livre e inventiva (*rechtsschöpferische Tätigkeit*)<sup>40</sup> (ORRÙ, 1983, p.13).

Destarte, sem que a Legislação perca sua essencialidade ao processo democrático, a Jurisdição se erige ao mesmo patamar, especialmente na condição de esfera deliberativa contra-majoritária e protetiva dos valores substantivos decididos pelo *povo* da Constituição<sup>41</sup>, de modo que o princípio democrático se realiza também “quando um juiz fundamenta a sua sentença sobre uma interpretação da lei que ajuda a concretizar um princípio constitucional. Porque a realização do princípio democrático – a menos que seja confundido intencionalmente com o princípio majoritário – não é mais hoje monopólio da representação política”<sup>42</sup> (FIORAVANTI, inédito, pp.19-20. Cf. BULYGIN, 2003, p.25). Isto porque, ainda no calor dos horrores totalitários dos noventa, constatou-se que os direitos fundamentais poderiam ser colocados em risco pela própria ‘democracia’, pelo que, no bojo daquilo que se alcunha de *moralização* dos textos constitucionais (no sentido de infiltração, na tessitura das leis fundamentais, de diretrizes antes reconduzíveis à moral ou à ética e não, propriamente, ao direito), confiou-se a tutela dos direitos fundamentais a instituições contramajoritárias (cf. BRANDÃO, 2012, p.56). Assim:

---

<sup>40</sup> Tradução livre. No original: “Il diritto vigente non è contenuto soltanto nella legge, ma è sempre il risultato di un processo evolutivo di concretizzazione, al quale la giurisprudenza partecipa in maniera decisiva; perciò il giudice – che il legislatore lo riconosca o no – è chiamato non solo ad applicare la legge, ma anche a perfezionarla: si tratta sempre di un’attività necessariamente libera e inventiva (*rechtsschöpferische Tätigkeit*)”

<sup>41</sup> Os direitos desempenham novo papel – não mais se colocam como expressão da vontade do Estado, mas como fundamento e condição de legitimidade do ordenamento. “Não estamos diante de uma reedição dos jusnaturalismo, porque os direitos de que falamos são direitos enunciados por um preciso texto jurídico-positivo, como a constituição. (...) Enquanto fundamentos do ordenamento, aqueles direitos parecem imutáveis, não modificáveis por golpes de maioria subtraídos ao campo do decidível” (COSTA, 2012, pp.283-284). No mesmo sentido, com ênfase à inauguração do modelo de Estado Constitucional: “Na verdade, a subordinação da lei à Constituição não pode ser compreendida como uma mera ‘continuação’ dos princípios do Estado legislativo, pois significa uma ‘transformação’ que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição” (MARINONI, 2013-a, p.45, grifos originais).

<sup>42</sup> O qual, em si mesmo, é passível de profunda problematização, dada a contemporânea negociabilidade das matérias legisladas, por grupos de pressão ou de interesse, a suscitar a promulgação de diplomas legais heterogêneos e setorializados, retratada por Zagrebelsky (2011, p.37).

as sociedades pluralistas *contemporâneas* evoluíram para um modelo de sistema jurídico fluido (*dúctil, mitte*), em que o Estado já não é mais a única entidade capaz de produzir normas jurídicas, de modo que o Direito há de ser buscado não mais exclusivamente na 'lei', mas em princípios constitucionais ou supraconstitucionais que devem ser coerentemente densificados e compatibilizados por um Judiciário acostumado a lidar com questões genuinamente valorativas e morais. Tanto no Continente quanto nos sistemas de *common law* o Direito vai ser encontrado menos em *regras* fixadas apoditicamente pelo Código (França) ou pelo Judiciário através de formulações casuísticas (Inglaterra), e mais em *princípios* gerais que, independentemente de passarem por um processo de institucionalização jurídica ao serem incorporados nos textos das Constituições e de tratados internacionais ou normas comunitárias, têm *conteúdo moral* e podem entrar em colisão a todo momento – o que faz com que o foco central da atividade dos juristas se desloque da descrição do sistema jurídico para os problemas que surgem na sua aplicação (BUSTAMANTE, 2012, p. 94).

Todas estas transformações colocam em evidência o problema do sentido atribuído à segurança jurídica e, especialmente, da maneira com que esta se realiza na teoria e na prática do direito contemporâneo. Seu registro, com especial ênfase ao Direito Privado, importa para o enfrentamento do problema da oferta de segurança jurídica na identificação dos interesses protegidos pelos modelos de reparação civil contemplados pelos Códigos Civis brasileiro e alemão na exata medida em que: (i) permite prestação de contas acerca dos pontos de partida assumidos por este trabalho, inclusive com a explicitação do significado das expressões valorativas nele recorrentes; e (ii) estabelece as fundações sobre as quais são erigidas as soluções possíveis que ambos os modelos contrastados oferecem ao problema apontado.

## 2.1 SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL: *QUO VADIS?*

A progressiva instalação do modelo de Estado Constitucional, como visto, impulsiona um grande ciclo de mudanças no modo com que interagem os produtos da atuação das funções legislativa e jurisdicional. Em rigor, estas transformações se devem não apenas ao permeio das constituições continentais (e, particularmente no contexto Europeu, também dos tratados e convenções internacionais) por forte carga axiológica, mas são, igualmente, tributárias de

avanços havidos no campo da Teoria do Direito<sup>43</sup>. É que, neste, a superação do mito da unidade entre texto e norma, já referido *supra*, impõe-se pela constatação de que a linguagem jurídica, por mais técnica que pretenda ser, experimenta as mesmas vicissitudes da linguagem ordinária, i.e.: vagueza<sup>44</sup> e ambiguidade<sup>45</sup>, os quais se podem apreender como determinantes do surgimento de lacunas, incertezas e antinomias. Deste modo:

Nos setores mais avançados da ciência jurídica, há uma convergência quase unânime ao reconhecimento de que o ato judicial, como evento decisivo sobre a norma, como fase da vida da norma, é sempre criativo (...). E isto porque, em função do congênito caráter incompleto, equívoco e antinômico dos enunciados legislativos, qualquer *corpus iuris*, por mais perfeito que possa parecer, não o é a ponto de eliminar qualquer margem de liberdade inventiva, de escolha pessoal do intérprete, indispensável para a realização da síntese dinâmica entre a abstração da lei e a realidade da situação histórica a se qualificar juridicamente<sup>46</sup> (ORRÙ, 1983, p.12).

Destarte, “*normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos constituem objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado” (ÁVILA, 2005, p.22). Ou seja: no contemporâneo estado da Teoria do Direito, aceita-se que:

os textos legais (ou enunciados normativos) ‘constituem uma mera possibilidade de Direito’, pois sua transformação em normas jurídicas

---

<sup>43</sup> “Há muito tempo a teoria do direito tem mostrado que mesmo diante de textos fechados os juízes encontram espaço para criar interpretações com fundamento em justificativas que extrapolam uma interpretação meramente literal dos mesmos” (RODRIGUEZ, 2012, p.130).

<sup>44</sup> “A vagueza deve ser vista como um problema predominantemente denotativo. A ambiguidade, como um problema essencialmente designativo. (...) Um termo é vago, em sentido lato, nos casos onde não existe uma regra definida quanto a sua aplicação. (...) Assim, de um modo geral, teremos um problema de vagueza quando, a partir das regras de uso não se pode definir com exatidão os critérios de aplicabilidade denotativa, devendo-se recorrer a decisões auxiliares” (WARAT, 1995, pp.76-77).

<sup>45</sup> “A ambiguidade, por outro lado, é um caso particular de incerteza designativa (...) [verificada] nos casos em que um termo possui mais de um conjunto de propriedades significativas, isto é, um mesmo rótulo ou significante veicula propriedades designativas aplicáveis a âmbito denotativos claramente diferenciáveis” (WARAT, 1995, p.78).

<sup>46</sup> Tradução livre. No original: “Nei settori più avvertiti della scienza giuridica si è raggiunta una convergenza pressoché unanime nel riconoscere che l’atto giudiziale, in quanto intervento decisivo sulla norma, in quanto fase della stessa vita della norma, è sempre creativo (...). E questo perché, a causa della congenita incompletezza, equivocacità e antinomicità degli enunciati legislativi, qualunque *corpus iuris*, per quanto perfezionato possa essere, non è in grado di eliminare quei margini di libertà inventiva, di scelta personale e di creatività dell’interprete indispensabili per realizzare la sintesi dinamica tra l’astrattezza della legge e la concretezza della situazione storica de qualificare giuridicamente”.

‘depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete’ (...). Normas não são, portanto, a matéria bruta do raciocínio jurídico, pois sua formulação depende da inteligência de um (ou mais de um) determinado enunciado estabelecido pelo legislador, por meio de um processo mental de interpretação ou adscrição de sentido<sup>47</sup> (BUSTAMANTE, 2012, p.233).

Esta orientação lança as bases para a (re)compreensão da segurança jurídica nos esquadros do modelo de Estado Constitucional<sup>48</sup>. E a razão para tanto é muito simples: se não há coincidência entre texto e norma, sobretudo no respeitante a enunciados normativos abertos, como os veiculadores de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, é, evidentemente, defeso falar-se em segurança jurídica como *certeza* haurida da *predeterminação de hipóteses legais*, cujo unívoco sentido jaz ao aguardo da descoberta do intérprete, como na enfática explicação de Frank daquilo que alcunhou de mito básico quanto à certeza do Direito:

os juízes não devem fazer ou alterar o direito, mas aplica-lo. O direito, *ready-made*, existe previamente às decisões judiciais.

Juízes são apenas os ‘oráculos’ do direito. Eles são ‘o direito falante’. Sua função é puramente passiva. Eles não são mais que ‘a boca que pronuncia o direito’. Eles inventam ou fazem novo direito tanto quanto Colombo fez ou inventou a América. (...) Quando uma decisão pretérita é revista, nós não devemos dizer que ela foi direito e que, agora, este mudou. Nós devemos encarar a decisão anterior como veiculadora de uma regra equivocada. Era um falso mapa tanto quanto os mapas pré-colombianos eram falsos<sup>49</sup> (1930, p.33).

---

<sup>47</sup> Vale dizer: “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver outro” (ÁVILA, 2005, p.23).

<sup>48</sup> É, exatamente, o que sugere a literatura especializada: “Nesse registro teórico a segurança jurídica tem sido pensada como a existência de respostas únicas e unívocas para os problemas jurídicos apresentados diante do poder judiciário. A demanda por respostas deste tipo está ligada a uma estratégia legislativa que privilegia a edição de textos normativos fechados em detrimento de textos normativos abertos. Afinal, os primeiros seriam supostamente capazes de conter o intérprete induzindo-o a adotar raciocínios textualistas” (RODRIGUEZ, 2012, p.129).

<sup>49</sup> Tradução livre. No original: “the judges are not to make or change the law but to apply it. The law, ready-made, pre-exists the judicial decisions. Judges are simply ‘living oracles’ of the law. They are merely ‘the speaking law’. Their function is purely passive. They are ‘but the mouth which pronounces the law’. They no more make or invent new law than Columbus made or invented America. (...) When a former decision is overruled, we must not say that the rule announced in the earlier decision was once the law and has now been changed by the later decision. We must view the earlier decision as laying down an erroneous rule. It was a false map of the law just as a pre-Columbian map of the world was false”.

Destarte, a acepção apenas *formal* de segurança jurídica, umbilicalmente ligada às ditas ideologias do *bound judicial decision-making*<sup>50</sup>, se esvazia de conteúdo, ante ao esfacelamento da ideia de que seria possível, pela *determinação* (*Bestimmtheit*) de conteúdos normativos, identificar, nos enunciados prescritivos, as normas a serem aplicadas a casos concretos. Consequentemente, este giro copernicano na Teoria do Direito, aliado à travessia do modelo de Estado de Direito para o de Estado Constitucional, no curso da transição do moderno ao contemporâneo fez sepultar a chamada *segurança na lei* (cf. NALIN, 2004, p.97). Isto porque:

com o Constitucionalismo, tal realidade não é mais possível, uma vez que as leis só serão válidas se compatíveis com a Constituição, que, por sua vez, é dotada de normas principiológicas e direitos fundamentais de caráter aberto e abstrato. Ainda, esta mudança de supremacia da lei para supremacia da Constituição leva a uma aparente insegurança, na medida em que o conteúdo aberto das Constituições não pode ser definido *a priori*, mas dependerá do contexto histórico, social, moral e cultural de cada sociedade. Ou seja, na medida em que os textos constitucionais possuem características vagas, abertas e abstratas, não há uma segurança na definição exata de seu conteúdo *a priori* para que se possa definir o limite material da constitucionalidade e validade da lei. Destarte, o fato de uma norma estar prevista num Código não há certeza de que ela será aplicada, nem de que modo o será, especialmente quando envolver questões relacionadas a princípios e direitos fundamentais (QUEIROZ BARBOZA, 2014, p.33).

A pertinência da explicação textual-formalista da segurança jurídica (que já vinha, de há muito, sendo questionada no bojo da tradição continental<sup>51</sup>),

---

<sup>50</sup> Esta abordagem parte da assunção de que: “(a) o juiz, de maneira puramente descritiva, determina a validade de regras, as quais constituem um sistema consistente; (b) todas as regras válidas no sistema se são fundamento adequado para decidir qualquer problema jurídico sem a necessidade de emprego de considerações extra-sistemáticas; (c) as regras das quais se infere a decisão têm um – e apenas um – significado, o qual pode ser alcançado pela interpretação (...); (d) a determinação dos fatos da causa também se consubstancia em processo valorativamente neutro; e (e) quando o juiz determina a consequência jurídica dos fatos provados no caso concreto, por intermédio de sua decisão, ele não deixa os limites do texto legal” (WROBLÉVSKI, 1992, pp.278-279). Tradução livre. No original: “(a) the judge in a purely descriptive manner determines the validity of rules, which constitute a consistent system; (b) all the rules valid in the system are an adequate basis for deciding any legal case without any need to supplement them from outside the system; (c) the rules from which the decision is inferred have one determined meaning, which can be stated by interpretation (...); (d) the determination of the facts of the case is a value-neutral process as well; (e) when the judge determines the legal consequences of the proven facts of the case within the decisional lee-way explicitly stated by the rule applied, he still does not go outside the letter of the law”.

<sup>51</sup> Exemplo deste questionamento, mesmo antes da publicação do texto continente do excerto de Frank acerca do mito básico que se funda na consideração da unidade texto-norma no processo interpretativo, é a seguinte passagem de Cruet: “O juiz, este ‘ente inanimado’ de que

então, cai por terra, a final, mesmo diante de textos normativos fechados, é difícil assegurar interpretações unívocas, pois os intérpretes, não raro, “terminam por criar exceções à regra para abarcar casos em que sua aplicação iria gerar uma injustiça patente”<sup>52</sup> (RODRIGUEZ, 2012, p.132) – quem dirá, então, diante de textos normativos abertos.

Diante deste quadro, parece evidente, falar em segurança jurídica torna-se uma quimera, ao menos se a segurança jurídica é compreendida como a possibilidade de restringir completamente a atividade criativa do juiz. Para que possamos usar este termo de forma positiva, não apenas para designar um ideal inatingível, será, portanto, preciso colocar a questão em outros termos (RODRIGUEZ, 2012, p.133).

Assim, ao invés de falar-se em (pré-)*determinação*, cabe considerar segurança jurídica como capacidade de apreensão de sentidos possíveis a partir de enunciados normativos diversos, segundo processos argumentativos controláveis. Sob este prisma:

impõe-se que a *igualdade* seja pensada tendo como referência as *normas* que são reconstruídas a partir dos *textos legislativos* no *processo de interpretação*. (...) Da mesma forma, é preciso reconhecer a *segurança jurídica* como um *problema argumentativo*, ligado à *cognoscibilidade* dos sentidos que os enunciados jurídicos podem apresentar mediante um processo lógico-argumentativo de interpretação. (...) É um problema *dinâmico*, ligado à *adequada estruturação da atividade interpretativa para individualização, valoração e escolha de sentido* (MITIDIERO, 2013, p.75)

---

falava Montesquieu, vem sendo, em verdade, a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as formulas obsoletas do direito tradicional. Tal participação do juiz na renovação do direito é, de certa maneira, uma constante (...): nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência, e é, muitas vezes, pela jurisprudência que vemos evoluir o direito, mesmo sob uma legislação imóvel” (1908, pp.22-23). Tradução livre. No original: “Le juge, cet ‘être inanimé’, dont parlait Montesquieu, a été en réalité l’ame du progrès juridique, l’artisan laborieux du droit nouveau contre les formules vieilles du droit traditionnel. Cette participation du juge au rejeunissement du droit, est, à quelque degré, un phénomène constant (...) : né de la jurisprudence, le droit vit par la jurisprudence, et c’est par la jurisprudence que l’on voit souvent le droit évoluer sous une législation immobile”.

<sup>52</sup> Este fenômeno é referido por Rodriguez como *gincana de regras*, pois: “Em diplomas legislativos muito detalhados, que contam com regras específicas para uma diversidade muito grande de situações, é quase sempre possível justificar toda sorte de atitude com fundamento em um texto normativo fechado qualquer. Desta maneira, o efeito da regulação acaba sendo contrário ao objetivo fixado pelo legislador e este efeito paradoxal compromete a segurança jurídica” (2012, p.136). É dizer: “Como numa gincana de colégio, é possível partir de um determinado comportamento ou fato para tentar encontrar uma regra que o justifique, ou seja, que permita concluir por sua ilicitude à luz do direito” (2012, p.136).



Neste giro é que a segurança jurídica se põe como um *algo a construir*, como algo a ser *progressivamente atingido* (cf. ÁVILA, 2011, p.123). Fala-se, então, não em ‘determinação’ (*Bestimmtheit*), mas em ‘determinabilidade’ ou ‘cognoscibilidade’ (*Bestimmbarkeit*): “[P]ode-se usar o termo ‘cognoscibilidade’, ou ‘compreensibilidade’, como capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los” (ÁVILA, 2011, p.123). Ou seja: a ideia segundo a qual, não obstante inexistam, na incompletude do direito, respostas *a priori* para todas as perguntas, busca-se, dinamicamente, a integralidade possível, a qual se haure da argumentação que fundamenta a leitura realizada pelo intérprete (cf. RODRIGUEZ, 2012, p.130). Isso significa, portanto, que também se está a fazer uma introdução, uma condução de um lugar para outro.

A acepção moderna, estática e atemporal, de segurança jurídica, nesta ordem de razões, rui e começa a franquear espaço à emergência de um novo conteúdo deste continente, com caráter dinâmico e intertemporal (cf. ÁVILA, 2011, p.124), afinado no diapasão da contemporaneidade. Esta percepção, decerto incômoda, perpassa o trato da segurança jurídica já não mais apenas como *estrutura*, mas, sobretudo, como *função*<sup>53</sup>. É dizer: exige, ao sabor dos ventos que conduzem do moderno ao contemporâneo, que se abandone a estabilidade estática de uma ordenação, para viabilizar o acostamento a uma dimensão de *estabilidade como equilíbrio do movimento* (cf. MARTINS-COSTA, 2004, pp.114-115). Assim, do quadrante da *imutabilidade*, avança-se em direção à *confiabilidade*: “Segurança jurídica, pois, não significa imutabilidade, mas sim um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o

---

<sup>53</sup> Ainda que não exatamente pela via do emprego destas expressões, é o caminho apontado por Martins-Costa: “A essa atribulada travessia corresponde o fenômeno da mutação, que não é só da forma, senão também da estrutura jurídica. Ao invés da plana e linear legalidade que levava, quase que automaticamente, a uma cadeia dedutiva formal – Estado de Direito > princípio da legalidade > princípio da segurança jurídica > princípio da confiança na estabilidade ou na regularidade dos comportamentos e ações estatais –, o cidadão (o administrado, a pessoa) enfrenta hoje uma hipercomplexa teia de interlegalidade, de internormatividades cruzadas entre valores e interesses públicos e privados, estatais e sociais, corporativos e gerais, nacionais e internacionais, dignos e espúrios, a perturbar a linearidade daquela cadeia dedutiva. De modo que a segurança não está, sempre e exclusivamente, na legalidade; o princípio da segurança jurídica (como estabilidade) e o princípio da confiança do cidadão (como expectativa legítima de certo comportamento estatal que viabilize o livre desenvolvimento da personalidade ou a expansão de um direito fundamental) podem agir e reagir sobre campos semânticos diversos. Forma e estrutura estão mudadas e mescladas” (2004, p.115).

dinamismo e o cosmopolitismo” (FACHIN, 2014, p.16). Ou seja, despega-se da primeira, para tomar lado com a estabilidade ou racionalidade na mudança, sem alterações abruptas:

Quanto às mudanças do Direito e à referência a normas existentes antes da modificação, há igualmente duas acepções possíveis. De um lado, pode-se entender que a segurança jurídica envolve a busca do ideal de imutabilidade de determinadas normas. É com esse significado que se emprega a expressão ‘imutabilidade do Direito’ (...). Nessa significação, a segurança jurídica vincula, inexoravelmente, o Direito futuro ao Direito passado. (...) De outro lado, no entanto, pode-se compreender a segurança jurídica como exigência de ‘estabilidade na mudança’, isto é, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e cláusulas de equidade. A palavra mais consistente para denotar esse sentido é, assim, ‘confiabilidade’, compreendida como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis (ÁVILA, 2011, p.124).

Consectário lógico desta ordem de ideias é a fratura das associações entre segurança jurídica e *certeza* quanto às consequências de determinadas condutas ou mesmo *previsibilidade*, pois não é dado ao estudioso – quem dirá ao leigo – a possibilidade de antecipar-se, com total certeza, a decisões jurídicas futuras. Todavia:

pode-se arguir que a segurança jurídica apenas exige a elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas. Nessa acepção, a segurança jurídica garante que se possa, em larga medida, antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas. A palavra mais correta para denotar esse sentido, em vez de ‘previsibilidade’ (*Voraussehbarkeit*), é ‘calculabilidade’ (*Berechenbarkeit*). Calculabilidade significa, pois, a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais (ÁVILA, 2011, pp.125-126).

Assim, a segurança jurídica se consolida, substancialmente, como cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e, no limite, efetividade do direito, numa perspectiva dinâmica de controlabilidade semântico-argumentativa e garantia de respeito ao fenômeno jurídico (cf. MITIDIERO, 2013, p.20; e ARNT RAMOS e CORTIANO JUNIOR, 2015, p.7), que, ademais, extrapola sua acepção hermética, para assumir, expressamente, uma posição de abertura a elementos exógenos. Estes, então, travam consigo *inputs* e *outputs* e informam

a ressignificação<sup>54</sup> do conteúdo do sistema, especialmente pela continuação dos debates acerca das soluções jurídicas ofertadas a problemas concretos (cf. RODRIGUEZ, 2012, p.141).

A ideia de movimento imanente a este renovado sentido da segurança jurídica, portanto, é real e constante; não apenas um adorno retórico. Em outras palavras e especificamente em relação aos institutos de Direito Privado: troca-se a dimensão estruturalista pela teleológica. É a função que faz a forma lhe seguir; não o contrário. Consequentemente, as preocupações não mais recaem sobre as categorias abstratas, mas sobre o objeto de análise em concreto. Portanto, esta ideia do movimento, na medida em que reconhecida como imanente aos três pilares de sustentação do Direito Privado (titularidades, trânsito jurídico e projeto parental), ajuda a compreender que a segurança tem, no seu âmago, a imprevisibilidade, a prescrever um constante repensar do modo de pensar sobre aquilo que se pensa.

Tamanho prestígio ao objeto da análise em concreto, cuja apreciação se dá à vista dos limites da unidade do ordenamento jurídico, impulsiona um pensar por problemas, à moda da abordagem tópica, cuja conjugação ao pensamento sistemático se põe como imperativo de segurança jurídica (substancial). Os influxos próprios da travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional, que timbra a transição do moderno ao contemporâneo e remodela a compreensão da segurança jurídica, propiciam, portanto, campo fértil para uma postura hermenêutica simultaneamente tópica e sistemática, sendo que:

a tópica corresponde a um procedimento racional que se dirige a refletir por problemas a partir da abertura semântica de alguns significantes ou signos linguísticos (é o que chamamos de investigação das possibilidades dentro dos limites internos do sistema), e sua junção com o pensamento sistemático se dá, aqui, precisamente porque se opera com plúrima noção de sistema, haurido então, em vários significados, ora como conjunto de conceitos, ora como a composição de sentidos verificados pela função, mas sempre aberto, poroso e plural, de tal modo que se apresenta aqui o limite externo, o da unidade do sistema (FACHIN, 2015, p.7).

---

<sup>54</sup> “Re-significação quer dizer, do ponto de vista da teoria da linguagem, a passagem de um significado conotado por certo signo linguístico a um outro significado, ocasionando a mudança no seu valor semântico, sem alteração, contudo, no valor facial do signo” (MARTINS-COSTA, 2004, p.112).

Ao encorajar o enfrentamento dos problemas surgidos na teoria e na prática jurídicas a partir desta forma de abordagem, a viragem multidimensional até aqui descrita termina por calibrar a medida de um de seus principais sintomas: a releitura das relações entre Legislação e Jurisdição. Isto porque, por consequência inevitável do enfeixamento destas constatações, a enunciação abstrata de soluções para problemas pelo legislador – bem como o cabedal de teorias explicativas da segurança jurídica e, de um modo geral, da separação dos poderes – próprias do modelo moderno (diga-se: decimonônico) de Estado de Direito, perde lugar para a prescrição de soluções em concreto, nas quais se realize a pretensão de correção imanente à normatividade jurídica e, mais que isso, ofereça-se a possibilidade de controle argumentativo própria da segurança jurídica no Estado Constitucional – qual implica, claramente, uma revisão do significado de separação de poderes. Não é à toa, destarte, que a discussão acerca da plausibilidade da criação judicial do direito tenha ganhado tónus em solo germânico no curso da década de 1950, logo após a promulgação da *Grundgesetz*<sup>55</sup>, enquanto, no contexto brasileiro, ela galgou espaços a partir do advento da Constituição de 1988<sup>56</sup> e, posteriormente, também com a entrada em vigor do Código de 2002<sup>57</sup>.

Este é o pano de fundo sobre o qual se propõe a análise do problema da segurança jurídica na identificação de interesses protegidos na feição extracontratual dos modelos codificados de reparação de danos brasileiro e alemão, cujas contrastantes formulações originárias não obstaram o atingimento de um dificultoso ponto comum: o do esgotamento (por abrasadora fluidez ou excessivo rigor) de seu regramento diante das exigências reparatorias da sociedade contemporânea. Mais: é, precisamente, a noção de segurança

---

<sup>55</sup> “Desde meados dos anos 50, os juristas lidam, cada vez mais, com questões ligadas à criação judicial do direito” (FISCHER, 1971, p.5). Tradução livre. No original: “Seit Mitte der 50er Jahre hat sich die Rechtswissenschaft in zunehmenden Maß mit Fragen der Fortbildung des Rechts und der Rechtsprechung befaßt”

<sup>56</sup> Diz-se que, com a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, “o processo civil passou a responder não só pela necessidade de *resolver casos concretos* mediante a prolação de uma *decisão justa para as partes*, mas também pela promoção da *unidade do direito* mediante a formação de *precedentes*” (MITIDIERO, 2013, p.16).

<sup>57</sup> A título de exemplo, disse Couto e Silva a respeito do então Projeto de Código Civil, à época da promulgação da Constituição de 1988: “O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contém ‘cláusulas gerais’, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o corpus juris vigente com novos princípios e normas” (1988, p.180).

jurídica substancial (e não mais apenas formal) que aparelha, mesmo não explicitamente, o enfrentamento deste problema em ambos os contextos analisados, a acusar uma improvável aproximação.

### 3 O MODELO ALEMÃO

O modelo codificado de reparação civil teutônico, sobretudo nas peculiaridades que contemporaneamente nele afloram, em muito transcende a expressão redacional dos dispositivos legais pertinentes (a mera máxima de que o direito não se limita à lei, aliada às viragens destrinchadas nas seções anteriores, bastam para o alcance desta conclusão). Mesmo que fosse diferente, a restrição da análise comparativa à textualidade das soluções contempladas pelo BGB e pelo Código Civil Brasileiro tornaria a investigação distorcida, enviesada e demasiadamente restrita. É que, sem leitura de contexto, não há micro-comparação, pois: *“para o desenvolvimento de uma comparação a nível micro ou meso, o tópico considerado deve ser situado no contexto da totalidade do ordenamento jurídico logo na fase explanatória”*<sup>58</sup> (ÖRÜCÜ, 2006, p.449). Neste diapasão, o breve tracejo do que se encontra no entorno e por debaixo do modelo codificado de reparação de danos na Alemanha impõe-se como antecedente ao apreço do problema por ele vivenciado.

Este por-em-perspectiva do objeto analisado opera mediante três etapas, cujo conteúdo não se pretende exaustivo, mas apenas operativo e instrumental ao avanço na análise empenhada: (i) breves e muito concisas notas acerca da cultura jurídica Alemã, com ênfase no Direito Privado; (ii) pontual delineamento do sistema judiciário alemão e do estilo judicial nele predominante; e (iii) lindes da constitucionalização do Direito Civil e suas consequências para identificação e reparação de danos. Outros elementos caros a estudos comparados acerca da reparação de danos, como a difusão de mecanismos de seguro e as diretrizes norteadoras do juízo de reparação<sup>59</sup>, são deixados de lado em função do recorte promovido por este trabalho, cingido à identificação do dano, não a mecanismos reparatórios ou à quantificação de prejuízos.

---

<sup>58</sup> Tradução livre. No original: “when one is engaged in meso or micro comparison, the topic under comparison must be placed in the context of the entire legal system in the explanatory phase”

<sup>59</sup> Acerca destes aspectos relevantes da dinâmica do modelo alemão de reparação civil, cf. MARKESINIS *et al*, 2005, pp.1-7, 22-23 e 35-36, bem como SEBOK, 2013, pp.567-568. Para uma leitura mais abrangente e aprofundada, ver WAGNER, G. Tort, social security and no-fault schemes: lessons from real-world experiments. *DJCL*, n.23, pp.1-61, 2012. [online]. Disponível na Internet via: <<http://scholarship.law.duke.edu/djcl/vol23/iss1/1>>. Última consulta em 26.02.2016.

### 3.1 O CONTEXTO DO CONTEXTO

#### 3.1.1 Antecedentes do BGB

Uma tradição jurídica verdadeiramente alemã – se é que se pode falar nestes termos – tornou-se vislumbrável somente no crepúsculo do século XIX. Isto porque, como se sabe, a Alemanha se tornou um Estado-Nação apenas em 1871, após a vitória de Bismarck na Guerra Franco-Prussiana e a junção da então recém-criada Confederação Germânica do Norte (*Norddeutscher Bund*) aos Estados germânicos do sul. Assim, a pontuação de alguns dos antecedentes e consequentes da unificação alemã prestam valioso testemunho acerca dos vetores da elaboração do BGB, que desempenhou importante função na homogeneização do Direito Privado no nascente Império Alemão.

A unificação foi precedida pela intensificação da ascendência do racionalismo e do nacionalismo na Europa Central, à qual se deve a decadência do direito comum Europeu<sup>60</sup>, prevalente ao longo do medievo, malgrado a tendência de positivação existente desde o século quinze (cf. HESPANHA, 2012, 233), conforme Zimmermann:

Foi apenas com a ascensão do racionalismo e do nacionalismo que o mundo intelectual do direito comum Europeu começou a se desintegrar. Os legisladores iluminados de dois estados mais influentes do Império ‘Romano’ puseram mãos à obra, com o objetivo de fornecer a seus súditos uma codificação simultaneamente racional e compreensiva, que lhes permitiria conhecer seus direitos e deveres perante a sociedade<sup>61</sup> (1996, p.3).

---

<sup>60</sup> A propósito, esclarece Hespanha, com ênfase à *ciência de polícia* que subsidiou o erigir das codificações: “Estes tópicos sobre uma ciência do governo e, correspondentemente, sobre um direito que desse ao Estado meios de governar passaram a ser usuais na Europa Continental a partir do século XVIII. (...) Este novo dirigismo estadualista chega também à política do direito, promovendo o primado da lei do Estado perante as fontes tradicionais de direito e procurando subordinar juízes e juristas ao direito proveniente da vontade do Estado” (2012, p.334). No mesmo sentido, Merryman explica que “O nacionalismo foi um outro aspecto da glorificação do estado. O objetivo era um sistema jurídico nacional que expressasse ideais nacionais e a unidade da cultura nacional. Um direito nacional assim considerado deveria se expressar no vernáculo e tinha que incorporar instituições e conceitos nacionais. A autoridade (mas não tanto o conteúdo) do *jus commune* passa a ser rejeitada; um direito comum da Europa continental agora passa a ser história” (1985, pp.17-18). Tradução livre. No original: “Nationalism was another aspect of the glorification of the state. The objective was a national legal system that would express national ideals and the unity of the nation’s culture. Such a national law should be expressed in a national language and should incorporate national legal institutions and concepts. The authority (but not the content) of the *jus commune* was rejected; a common law of the civil law world was now history”.

<sup>61</sup> Tradução livre. No original: “It was only with the rise of rationalism and nationalism that the intellectual world of the European *ius commune* started to disintegrate. The enlightened rulers of

Assim é que se firmaram os precursores do movimento codificador – o *Allgemeines Landrecht*, da Prússia, que entrou em vigor em 1794, e o *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco, o qual começou a vigor em 1812. A propósito:

O empreendimento da *codificação* do direito já fora posto em prática na história do direito europeu. Normalmente, andou ligado à necessidade de fixar o direito vigente. No século XVIII, a este objetivo juntaram-se outros intimamente ligados às ideias de uma ciência da sociedade e do direito e de disciplina racional das relações sociais (...). Os códigos aparecem agora, é certo, como instrumentos de renovação da sociedade, mas esta renovação consiste na instauração de uma ordem global, sistemática, duradoura, correspondente a um saber certo e evidente acerca da natureza do homem. Os códigos modernos, que começaram a ser postos em vigor por toda a Europa nos fins do século XVIII, são manifestações disto (HESPANHA, 2012, p.337).

O fenômeno da codificação, contudo, apenas ganharia fôlego (e território) em 1804, com o icônico advento do *Code Napoleon*<sup>62</sup>. Especificamente no que concerne à Alemanha, impulsionada por este importante acontecimento, os anos que se seguiram foram prenhos de tentativas fragmentárias de codificação do Direito Privado de cada estado, mas apenas a Saxônia logrou êxito em elaborar e promulgar um autêntico Código, em 1865. É dizer: no curso dos oitocentos, cada território contava com um sistema de direito peculiar, cujas fronteiras com o *jus comune* e normativas de outras localidades eram pouco claras. Daí a literatura anotar que “não é de se surpreender que a preparação de um Código Civil alemão tenha se tornado assunto de grande importância prática e simbólica imediatamente após 1871”<sup>63</sup> (ZIMMERMANN, 1996, p.4), na linha do que consigna Hespanha (cf. *supra*).

---

the two most influential states within the ‘Roman’ Empire set the wheels in motion to enchant their subjects with a codification, both rational and comprehensive, that would enable them to know their rights and duties within society”.

<sup>62</sup> Para uma explicação minuciosa, própria de um trabalho dedicado ao estudo da história do Direito Privado, v. WIEACKER, F. *A history of private law in Europe: with particular reference to Germany*. Tradução de Tony Weir. Oxford: Claredon Press, 1995, pp.257-275; e, com ainda maior minúcia: D’ONORIO, J-B. L’esprit du Code Civil selon Portalis. D’un siècle à l’autre. *Droits: Revue Française de Théorie, de Philosophie et de culture Juridiques*, n.42, pp.75-91, 2005

<sup>63</sup> Tradução livre. No original: “Thus, it is hardly surprising that the preparation of a German Civil Code immediately became a matter of great practical as well as symbolic significance in the years after 1871” (ZIMMERMANN, 1996, p.4).



Neste diapasão, o clamor por unidade jurídica e política, sobretudo após a derrocada da dominação Napoleônica, difundia-se e ganhava novos e mais persuasivos adeptos. Assim é que Thibaut publicou o célebre e panfletário *A necessidade de um Direito Civil Geral para a Alemanha (Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Recht für Deutschland)*, em que urgia pela promulgação de um Código Civil alemão à francesa, o qual encontrou, na notória obra de Savigny (*A vocação do nosso tempo para a legislação e jurisprudência ou Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*), forte oposição, que renderia ensejo ao conhecido debate precedente à codificação do Direito Privado em solo alemão. Este celebrado dissenso, a cujo termo a abordagem historicista de Savigny prevaleceu sobre a perspectiva jusracionalista de Thibaut, é assim sintetizado por Zimmermann:

A. F. J. Thibaut (...) publicou um panfleto no qual clamava pela introdução de um código civil alemão moldado na forma do Código dos Franceses, o qual poderia pavimentar o caminho em direção à unidade política. Mas a oposição do homem que emergiria como o jurista mais celebrado do século acabou com sua proposta. Friedrich Carl von Savigny (...) obviamente não defendia que a Alemanha continuasse a ser, legalmente, a colcha de retalhos que até então era. 'No que respeita ao objetivo, estamos de acordo', ele escreveu, '[pois] nós queremos uma comunidade nacional cujos esforços científicos se dirigem a um e tão-somente um objeto'. Mas, ele acrescentou, o caminho correto para o alcance desta meta não é uma simples lei, mas uma 'ciência jurídica orgânica e progressiva que seja comum a toda nação'<sup>64</sup> (1996, p.4).

É dizer: de um lado, "Thibaut defendia uma revolução substancial e formal da lei, ao advogar pelo desenvolvimento de um código nacional, enquanto Savigny defendeu a manutenção das tradições alemãs"<sup>65</sup> (WROBEL, 1973, p.149), como antecedente necessário do advento de uma codificação. E assim

---

<sup>64</sup> Tradução livre. No original: "A. F. J. Thibaut (...) published a pamphlet in which he urged the introduction of a general German civil code modelled on the French *code civil*, which could pave the way towards political unity. But the opposition of the man who was to emerge as Germany's most celebrated jurist of the century wrecked this proposal. Friedrich Carl von Savigny (...) did not of course, argue that Germany should remain, legally, the patch-work quilt that it was. 'As to what we aim at, we are in agreement', he wrote, '[for] we want a national community whose scientific endeavors focus upon one and the same object'. But, he added, the right way towards this goal was not a piece of legislation but rather an 'organically progressive legal science which may be common to the whole nation'".

<sup>65</sup> Tradução livre. No original: "Während Thibaut auf eine materielle und formelle Rechtserneuerung hinarbeitete und sich für die Ausarbeitung eines Nationalgesetzbuches einsetzte, plädierte Savigny für eine Beibehaltung des überkommenen Rechts, leugnete den Beruf seiner Zeit zur Gesetzgebung und lehnte das Nationalgesetzbuch ab".

foi: o pandectismo<sup>66</sup> de Savigny viabilizou a construção de um conjunto coerente de conceitos, regras e princípios, cuja acomodação posteriormente serviu de substrato ao BGB (cf. ZIMMERMANN, 1996, p.5), que veio (i) a atender às demandas por estabilidade no tráfego jurídico advindas da expansão da economia, a operar, crescentemente, em transcendência às esferas regionais; e (ii) a preencher o espaço que a entrada em vigor de leis atinentes à organização judiciária e a implementação de Tribunais no recém-inaugurado *Deutsches Reich* deixara aberto (cf. MARKESINIS e UNBERATH, 2002, pp.1-4). O modelo sistematizado por Savigny exprime, como dito, o *espírito analítico* peculiar à Escola das Pandectas e consagrado na classificação germânica, timbrada por notáveis preocupações conceituais (confinadas na delimitação de uma Parte Geral) e de estabelecimento de um sistema fechado e auto-subsistente, “alheio a penetrações humanísticas e valorativas e tudo reduzindo a conceitos gerais-abstractos e a aplicação do direito a uma operação lógico-subsuntiva” (PINTO MONTEIRO, 2005, p.64).

Após um algo delongado processo legislativo e apesar das (não raro duras) críticas que foram dirigidas, particularmente a seus primeiros esboços, o *Bürgerliches Gesetzbuch* foi aprovado por maioria confortável e sancionado pelo Imperador Wilhelm II, em dezoito de agosto de 1896 (cf. WIEACKER, 1995, p.374). Entrou em vigor em primeiro de janeiro de 1900, sob aclamação da mídia impressa especializada, cujas manchetes diziam: “*Ein Volk. Ein Reich. Ein Recht*” (um povo, um império, um direito).

---

<sup>66</sup> “Como o Direito Privado, particularmente na parte que alcunhamos de Direito Civil romano, era considerado o coração do sistema jurídico, os estudiosos alemães encetaram esforços no sentido de estudar e restabelecer os princípios do Direito Civil romano, tais quais recepcionados pelo direito alemão e, portanto, temperados por elementos germânicos. Eles concentraram seu estudo no *Digesto* (em alemão, *Pandekten*, do latim *Pandectae*) de Justiniano, e, por isso, tornaram-se conhecidos como Pandectistas” (MERRYMAN, 1985, 62). Tradução livre. No original: “Because private law, and particularly that part of it we have called Roman civil law, was thought to be the heart of the legal system, the German scholars put their principal efforts into study and restatement of the principles of Roman civil law as received in Germany and as modified by the addition of Germanic elements. They concentrated their study on the *Digest* (in German, *Pandekten*, from the Latin *Pandectae*) of Justinian, and thus came to be called the Pandectists”.

### 3.1.2 Consequentes do BGB

Neste afã nacionalista e muito em função da difundida doutrina da Escola Histórica, o BGB se tornou repositório de inquestionável autoridade – “e todas as energias dos estudiosos do direito interessados na aplicação e no desenvolvimento do Direito Privado foram canalizadas para a tarefa de exposição do código e discussão das decisões judiciais proferidas com base em suas disposições” (ZIMMERMANN, 1996, p.7).

Sem embargo das pertinentes críticas de que é destinatário, o BGB fornece uma boa ideia do que se poderia chamar de uma cultura jurídica alemã: é, acima de tudo, uma codificação tecnicamente refinadíssima, no estilo caro ao furor cientificista dos oitocentos<sup>67</sup>, mas não condizente com o *establishment* e com o estado de coisas da época:

O Código trai, em sua forma e conteúdo, as condições intelectuais e sociais dominantes ao tempo de sua criação. Estabelece um Direito Privado geral e abstrato, um sistema equipado não para as condições da vida em sociedade, como o Código da Prússia, mas para o aparato conceitual do direito: ações, direitos reais, direitos pessoais. Apenas os livros quarto e quinto exprimem uma maneira mais concreta de encarar os eventos da vida – o que seria, a rigor, inevitável, ao se lidar com noivado, casamento, infância, guarda e sucessão<sup>68</sup> (WIEACKER, 1995, p.376).

Outro não é o sentido exprimido pelo comentário elogioso e, simultaneamente, crítico de Zimmermann:

---

<sup>67</sup> É, exatamente, em virtude das reduzidas preocupações do codificador (e, consequentemente, do código) com os problemas sociais e políticos de então que se formulam as mais duras críticas ao advento do BGB, a exemplo do emblemático reclamo de Gierke acerca do esboço (que logo a seguir viria a corresponder, quase integralmente, à versão final) do Código: “Otto von Gierke, o famoso germanista de Berlin, também se juntou ao coro dos críticos (...). O esboço não tinha uma gota sequer de óleo socialista – veja-se: não social, mas socialista” (SCHRÖDER, 2001, p.9). Tradução livre. No original: „Otto von Gierke, der berühmte Berliner Germanist, schloss sich dieser Kritik zu Teilen (...) an. Dem Entwurf fehle ein Tropfen sozialistischen, wohlgeordnet nichts sozialen, sondern sozialistischen Öles“.

<sup>68</sup> Tradução livre. No original: “The Code betrays in both its form and its content the intellectual and social conditions prevailing at the time of its creation. It is general and abstract private law, a system geared not to the conditions of life in society, as the Prussian ALR was, but to the conceptual apparatus of the law: claims, real rights, personal rights. Only in the fourth and fifth books does a more concrete way of looking at the events of life emerge, and that is really unavoidable when one is dealing with affiancement, marriage, childhood, guardianship, and succession”

O BGB é timbrado por um nível de abstração conceitual que causou – e continua a causar – admiração e consternação. Temos técnicos são quase sempre utilizados em apenas um e constante sentido; o modo pelo qual cada frase se constrói indica quem suporta o ônus da prova; e muitas seções somente podem ser compreendidas quando lidas em conjunto com outros dispositivos, não raro topograficamente distantes. A lógica interna deste tipo de arranjo costuma ser magnífica, mas não torna o código inteligível<sup>69</sup> (1996, p.9).

O Código é dividido em cinco livros, dos quais pouca inovação se percebe em relação à vetusta estrutura das Institutas de Gaio (cf. GIGLIO, 2012, p.12). Exceção feita, evidentemente, ao livro primeiro, instituidor da Parte Geral (*Allgemeiner Teil*), desdobrada “na matéria das fontes, das relações jurídicas e do Direito de conflitos – hoje Direito internacional privado” (MENEZES CORDEIRO, 1988, p.73). Trata-se, novamente à moda dos oitocentos, de espaço destinado ao estabelecimento de fôrmas a serem ulterior e sucessivamente referidas na aplicação das normas especiais à resolução de casos concretos; do *locus* dos “ângulos e parâmetros do sistema” e dos “termos adequados às distintas configurações jurídicas” (CANARIS, 2006, p.37). Daí advêm as críticas a si direcionadas, das quais, em homenagem ao escopo deste trabalho, não se cuidará com maior vagar<sup>70</sup>.

Mas a resiliência do BGB não é tributária apenas da distinta qualidade técnica ostentada, de um modo geral, por sua formulação originária: diversas foram as mudanças ocorridas ao longo do século XX, especialmente no âmbito do Direito de Família, face ao advento da Constituição de Bonn (*Grundgesetz*, em 1949) e, mais recentemente, do Direito das Obrigações e do Direito de

---

<sup>69</sup> Tradução livre. No original: “[T]he BGB is marked by a degree of conceptual abstraction that has caused, and continues to cause, both admiration and consternation. Technical terms are almost invariably used in one and the same sense; the way in which a sentence is constructed indicates where the burden of proof lies; and many sections can only be understood properly when they are read in conjunction with other provisions in far-away corners of the code. The internal logic of this kind of arrangement is usually quite magnificent, but it does not promote the code’s comprehensibility”.

<sup>70</sup> Seja, contudo, facultado remeter a: MENEZES CORDEIRO, A. Teoria Geral do Direito Civil: Relatório. *Separata da Revista da Faculdade de Direito*. Lisboa: 1988, pp.71-82; PINTO MONTEIRO, A. A parte geral do Código Civil, a Teoria Geral do Direito Civil e o Direito Privado Europeu. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. II: A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2005; FACHIN, L. E. *Teoria crítica do Direito Civil*. 3ª Ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012; e PIANOVSKI RUZYK, C. E. A importância de uma Teoria (Geral) do Direito Civil. In: TEIXEIRA, A. C. B. e RIBEIRO, G. P. L. (Coords). *Manual de teoria geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey 2013, pp143-162

Danos<sup>71</sup>. Mais que isto – e até como consequência do fato de que “o Código alemão não poderia se dizer – efetivamente, nunca o fez – compreensivo, [haja vista que] mesmo quando entrou em vigor, havia importantes leis esparsas que seus elaboradores escolheram não incluir na tessitura codificada”<sup>72</sup> (ZIMMERMANN, 1996, p.12) –, a normação de assuntos afetos ao Direito Privado, portanto, foi e continua a ser enriquecida por diplomas extravagantes, v.g.: transporte rodoviário, transporte aéreo, fornecimento de eletricidade e gás, responsabilidade civil por dano ambiental e responsabilidade pelos danos gerados por produtos postos em circulação no mercado.

Demais disso, Zimmermann chama atenção ao fato de que o desenvolvimento (não no sentido de evolução linear e progressiva, mas de dinâmica inerente às normas jurídicas) do Direito, mesmo em modelos codificados, não pode ser medido apenas segundo emendas ao Código Civil e promulgação de novos textos normativos (cf. 1996, p.14). Isto porque:

Diferentemente dos pais do Código Prussiano, os elaboradores do BGB não estavam obcecados pela ideia de que teriam de regular exaustivamente toda e qualquer situação de fato. Eles não visavam à omni-compreensão. Tampouco consideravam a extinção da ciência jurídica. Eles tinham plena ciência acerca da distinção entre os elementos técnico e político do Direito Privado, a qual foi introduzida por Savigny com o objetivo de tornar claras as fronteiras da legislação *vis-à-vis* as da ciência jurídica. (...) Demais disso, os pais do BGB deixaram de disciplinar questões puramente doutrinárias, por mais entrais que fossem. Por isso, não se encontram definições ou explanações de conceitos básicos<sup>73</sup> (1996, p.14).

---

<sup>71</sup> A propósito e por todos, cf. ZIMMERMANN, R. *The New German Law of Obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005, e EHMANN, H. e SUTSCHET, H.. *La Reforma del BGB: Modernización del derecho alemán de obligaciones*. Tradução de: Claudia López Dias e Ute Salach de Sanches. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2006; e MAGNUS, U. La reforma del Derecho alemán de daños. *InDret*, n.2, pp.2-12.

<sup>72</sup> Tradução livre. No original: “But the BGB cannot claim, and in fact has never claimed, to be comprehensive. Even when it came into effect there were important special statutes which its draftsmen chose not to integrate into the code”.

<sup>73</sup> Tradução livre. No original: “Unlike the fathers of the Prussian General Land Law, the draftsmen of the BGB were no longer obsessed with the idea that they had to provide an exhaustive regulation, from first principles down to the finest details, for every imaginable set of facts. They did not aim at comprehensiveness. Nor did they contemplate the abolition of legal science. They were keenly aware of the distinction between the ‘political’ and the ‘technical’ element of private law which had once been introduced by Savigny in order to mark off the province of legislation from that of legal science. (...) Moreover, the fathers of the BGB refrained from defining and regulating purely doctrinal questions, central as they might be. Thus, we find neither definition nor explanation of basic concepts”.

Nesta singra, os já referidos altos níveis de abstração das disposições do BGB, somados à política de respeito às *fronteiras da legislação*, deixam abertos notáveis espaços para interpretação e refinamento (cf. ZIMMERMANN, 1996, p.15). Isto conduz à integração de distinta flexibilidade às normativas codificadas, a qual permitiu a sobrevivência do BGB ao teste do tempo, não sem antes conceder, implicitamente, ao importante papel desempenhado pela Jurisdição – além dos sempre lembrados *rôles* do legislador e da doutrina – no desenvolvimento do Direito Privado (particularmente, em sua expressão codificada). É o que se reconhece, conquanto de modo ainda velado e tímido, na literatura alemã contemporânea: o *case-law* constitui e integra o ordenamento jurídico. Isto malgrado sejam usuais as ressalvas (ainda apegadas ao vetusto modelo de Estado de Direito, que endossa a leitura tradicional da separação de poderes<sup>74</sup>), no sentido de que o entendimento dos Tribunais não consistiria em fonte do Direito (cf. LUNDMARK, 1999, 680). Vale dizer:

Seja como for, o BGB, hoje, enovela-se em grossas camadas de *case law*, as quais devem ser familiares a qualquer um que queira aplicar o direito codificado. Erros de elaboração e inconsistências internas foram descobertas no código. A interpretação adequada das palavras e frases utilizadas por seus elaboradores precisava ser definida. Os detalhes de muitos dispositivos abstratos careciam de desenvolvimento e situações atípicas precisavam ser acomodadas<sup>75</sup> (ZIMMERMANN, 1996, p.16).

Tamanha abertura de espaço para o desenvolvimento judicial do Direito (*richterlicher Rechtsfortbildung*) foi condição para a resiliência do BGB – um código do século XIX – ao longo do século XX e das primeiras décadas dos anos dois-mil. Mudanças havidas em hábitos e costumes, a crescente

---

<sup>74</sup> Assim: “As cortes e o *case law* no sistema jurídico Germânico atual não operam, formalmente, como fontes do direito. Na Alemanha, juízes devem aplicar o direito e não o criar. Esta leitura, conquanto bastante difundida, é, cada vez mais, considerada irreal, pelo que o papel desenvolvido por eles é obviamente mais importante que o permitido pela teoria jurídica e compreende tanto a interpretação quanto o desenvolvimento do direito” (FOSTER e SULE, 2010, p.6). Tradução livre. No original: “The courts and case law in the modern German legal system play no formal part as a source of law. In Germany, judges are supposed only to apply law and not to create it. This view is far stronger in Germany but is increasingly regarded as an unrealistic view and that the role they do play is clearly far greater than legal theory permits and is quite extensive as interpreters and developers of the law”.

<sup>75</sup> Tradução livre. No original: “But be as it may, the BGB is today enveloped by thick layers of case law which anybody who wishes to apply the law has to be thoroughly familiar with. Drafting mistakes and internal inconsistencies were discovered in the code. The proper interpretation of the words and phrases used by the draftsmen of the code had to be settled. The details of many rather abstract provisions had to be worked out, atypical situations to be accommodated”

comercialização do tempo e outros novos fatores de relevância jurídica foram (e continuam a ser) determinantes da abertura de clareiras na província da legislação: “Enriquecimento ilícito, responsabilidade delitual, o Direito de Danos: áreas como estas, onde o código apenas provê princípios gerais, tornaram-se bolsões de uma ciência jurídica tipicamente casuísta” (ZIMMERMANN, 1996, p.16). E se chegou a ir além: as Cortes desenvolveram institutos jurídicos e soluções totalmente novas, não raro sem qualquer relação direta com a disciplina codificada, dentro e fora das aberturas (*Einbruchstellen*) promovidas pelas cláusulas gerais, inclusive *contra-legem*, como na notória formulação, ainda no início do século XX, do direito a uma empresa funcional e operante, apesar da genérica negação à reparabilidade de danos puramente econômicos (cf. ZIMMERMANN, 1996, p.17).

Este crescente e progressivo processo de atribuição de sentido e de criação – conquanto não raro tímida – de novas soluções para problemas verificados na teoria e, sobretudo, na prática do Direito Privado, consequência da instalação do Estado Constitucional, intensificou-se, de maneira muito clara, com o advento da Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*), em 1949. Isto apesar do ranço quanto à ressalva da tradicional acepção continental da separação de poderes, cuja força em solo alemão se deve à cooptação da magistratura pelo regime Nazista. É que a subsequente constitucionalização do Direito Civil aparatou a judicatura a, com auxílio da literatura especializada e, obviamente, do legislador, avançar nas obras conduzidas no canteiro da codificação. Este fenômeno, portanto, comporta análise em tópico apartado.

### 3.1.3 Constitucionalização do Direito

O advento da icônica Lei Fundamental de Bonn, em 1949, marcou o início de uma fase decisiva na histórica do constitucionalismo ocidental, conforme noticia Fioravanti:

O século XX é o século da gênese das Constituições democráticas, começando pela primeira, que é a alemã de Weimar, de 1919, passando pela fase decisiva das Constituições do último pós-guerra, como as francesas de 1946 e 1958, a italiana de 1948 e a *Grundgesetz* alemã de 1949, e acabando finalmente na Constituição espanhola do

pós-franquismo de 1978. As Constituições democráticas são uma conquista recente do século que acaba de transcorrer<sup>76</sup> (2014, p.54).

A intensa proteção outorgada pela GG à dignidade humana, estampada em seu artigo inaugural e destrinchada em suas subseqüentes enunciações, conquanto originalmente tida como oponível aos poderes públicos (MENDES, 2014, p.31), teve impacto significativo na disciplina jurídica de assuntos privados e na resolução de conflitos polarizados por particulares. É que, ao lado da determinação constitucional de que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes constituídos (art. 1º, III, GG):

[C]om a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares – assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional – não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada. (...) O Estado passa a aparecer, assim, como devedor de uma postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais (SARLET, 2000, p.118).

O desenrolar deste diagnóstico, aliado a fatores como a larga difusão, na comunidade jurídica alemã, do postulado da unidade do ordenamento (*Postulat der Einheit der Rechtsordnung*), conduziu à progressiva ampliação do escopo de proteção e aplicação dos textos normativos asseguradores de posições jurídicas fundamentais. Assim é que se começou a falar em sua eficácia perante relações interprivadas, nas variadas vertentes que hoje consubstanciam uma verdadeira miríade<sup>77</sup>, cujas intermináveis discussões se esterilizam diante da constatação de que conduzem, de um modo geral, ao mesmo resultado prático (cf. ALEXY, 2011, pp.529-531). O resultado destes meandrosos percursos teóricos foi, num primeiro momento, a crescente infiltração das normativas constitucionais no antes pouco poroso sistema de Direito Privado e,

---

<sup>76</sup> Tradução livre. No original: “El siglo XX es el siglo de la génesis de las Constituciones democráticas, comenzando por la primera, que es la alemana de Weimar de 1919, pasando por la fase decisiva de las Constituciones de la última posguerra, como las francesas de 1946 y 1958, la italiana de 1948 y la Grundgesetz alemana de 1949, y acabando finalmente en la Constitución española del postfranquismo de 1978. Las Constituciones democráticas son una conquista reciente del siglo que acaba de transcurrir”.

<sup>77</sup> A propósito das diversas estratégias de eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, seja facultado remeter a ARNT RAMOS, A. L. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas: o estado da questão. *RIL*, n.210, pp.291-314, abr-jun/2016.



mais tarde, a tomada de consciência para o fato de que a Constituição verdadeiramente *constitui* o fundamento de validade de toda norma jurídica.

A efetiva constitucionalização do Direito Privado, então, foi deflagrada ainda na década de 1950, a principiar, sobretudo, pela seara do direito de família, em função do teor do artigo 117, da novel GG, que determinava a abolição de todas as normas incompatíveis com a recém-proclamada igualdade de homens e mulheres perante o Direito (artigo 3, II, GG) – à qual se reconheceu, já à época, o *status* de norma com aplicação imediata<sup>78</sup> – até 31 de março de 1953<sup>79</sup>. Mas as mudanças, em que pese prescritas pelo texto constitucional, somente se concretizaram através da atuação combinada do Tribunal Constitucional (*BVerfG*) e do Tribunal Federal (*BGH*), conforme sintetiza Markesinis, inclusive com menção aos *leading cases*:

A atuação combinada do Tribunal Constitucional (*BVerfG* NJW 1954, 65; *BVerfGE* 3, 225) e do Tribunal Federal (na precoce orientação estabelecida em 6 de Setembro de 1953, *BGHZ* 11, 34) foi o catalizador desta mudança. É que estas Cortes declararam o § 1354 do BGB (o marido tem a palavra final acerca de qualquer questão relativa ao casamento, inclusive residência e domicílio, salvo quando abusar desta prerrogativa) incompatível com a ideia de igualdade de gênero. Fizeram o mesmo em relação ao § 1387 BGB (o marido arcará com certas custas processuais ao longo do casamento). Após ‘sentir gosto de sangue’, as cortes foram além e, de modo peculiar em relação aos sistemas de civil law, levaram toda a regulação jurídica do casamento para um estágio de vácuo legislativo, no qual, uma a uma, elas moldavam as regras consideradas compatíveis com a Constituição. Esta primeira fase somente acabou com a entrada em vigor da Gleichberechtigungsgesetz (lei sobre igualdade jurídica de

---

<sup>78</sup> É o que esclarece o autorizado parecer de Nipperdey: “No art. 3, a total igualdade entre homens e mulheres foi normatizada como prescrição imediatamente eficaz. (...) Ao contrário da Constituição Imperial de Weimar, que continha simples enunciações programáticas, a GG quer expressar, de acordo com o disposto pelo art. 1, par. 3º, direitos fundamentais diretamente aplicáveis. (...) o princípio da igualdade é, portanto, a norma em vigor desde 24.5.1949” (1950, pp.122-3). Tradução livre. No original: “In Art. 3 ist die volle Gleichberechtigung von Männern und Frauen als unmittelbar geltendes Recht normiert. (...) Im Gegensatz zur Weim. Reichsverf., die zahlreiche bloße Programmsätze enthielt, will das GG somit nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 1 Abs. 3 in seinem Grundrechtsteil unmittelbar geltendes Recht also Rechtssätze schaffen. (...) ist somit der Gleichheitsgrundsatz seit dem 24.5.1949 aktuell wirksames Recht”.

<sup>79</sup> „Art. 3 (2) Homens e mulheres são iguais perante o direito. O estado deve promover sua efetiva igualdade e trabalhar para a eliminação de disparidades existentes” e “Art. 117 As leis contrárias ao art. 3, seção 2, desta Constituição, devem ser adaptadas; sem adaptação, somente permanecerão em vigor até 31 de março de 1953”. Tradução livre. No original: „Art 3 (2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“ e “Das dem Artikel 3 Abs. 2 entgegenstehende Recht bleibt bis zu seiner Anpassung an diese Bestimmung des Grundgesetzes in Kraft, jedoch nicht länger als bis zum 31. März 1952”.

homens e mulheres em matéria de Direito Privado), em 18 de junho de 1957<sup>80</sup> (MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.30).

Para além desta atuação mais agressiva – e desafiadora dos limites do texto constitucional, que, além de prescrever a abolição de normas contrárias à igualdade de gênero, é algo refratária à criação judicial do Direito<sup>81</sup> (ainda que esta questão integre o cerne do debate provocado adiante) –, os Tribunais alemães avançaram na constitucionalização do Direito Privado por intermédio das cláusulas gerais contempladas pelo BGB. É o que ocorreu no famoso caso *Lüth*<sup>82</sup>, amplamente considerado a mais eloquente confirmação das propostas de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, no qual o Tribunal Constitucional alemão entendeu que:

---

<sup>80</sup> Tradução livre. No original: “The combined action of the Constitutional Court (BVerfG NJW 1954, 65; BVerfGE 3, 225) and the Federal Court (in its earlier advisory opinion of 6 September 1953, BGHZ 11, 34) were the catalyst to this change. For these courts declared §§ 1354 BGB (the final word on all matters concerning marriage, including residence and domicile, belongs to the husband except where he is abusing this right) to be incompatible with the idea of equality between sexes. They took the same view with regard to § 1387 BGB (husband bears certain litigation costs during marriage). Having ‘tasted blood’ the courts went further and, in a manner which is unique in the modern civil law systems, they pushed the entire law of marriage into a state of legislative vacuum in which, one by one, they fashioned the rules that they deemed compatible with the Constitution. This first phase did not come to an end until the Gleichberechtigungsgesetz of 18 June 1957, BGB. 1, 609 (Act Concerning Legal Equality of Men and Women in Matters of Private Law) came into force”.

<sup>81</sup> “A *Grundgesetz* não atribuiu o papel de criação do direito ao judiciário, exceção feita ao Tribunal Federal Constitucional, e garantiu a independência do judiciário como um braço do estado vinculado apenas à lei. (...) O principal princípio é que os juízes se vinculam à lei e ao direito (*Gesetz und Recht*)” (FOSTER e SULE, 2010, p.53). Tradução livre. No original: “The *Grundgesetz* did not give a lawmaking role to the judiciary, with the exception of the Federal Constitutional Court, and guaranteed the Independence of judiciary as an arm of the state bound only by the law. (...) The main principle is that judges are bound by statute and law (*Gesetz und Recht*)”.

<sup>82</sup> Muito em síntese, o caso dizia respeito a ação cominatória aforada por Domnick-Film-Produktion GmbH e Herzog-Film GmbH, distribuidora do filme *Unsterbliche Geliebte*, dirigido por Vit Harlan (então tido como o cineasta número um do regime Nazista e produtor do famigerado *Jud Süß*) em face de Eric Lüth, diretor do Clube de Imprensa da Cidade de Hamburgo, o qual conclamava o público alemão a, sob os auspícios da reunificação e da extirpação do mal totalitarista, boicotar a película *Unsterbliche Geliebte*. O Landesgericht de Hamburgo determinou, com fundamento no § 826 BGB (cláusula geral de imputação de responsabilidade por condutas afrontosas à moral e aos bons costumes) e sob pena de prisão, que o réu abortasse a campanha difamatória então promovida e se abstinhasse de urgir pelo boicote ao filme. Via reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), o caso chegou ao Tribunal Constitucional, que reformou a decisão, ao argumento de que a ordem objetiva de valores estabelecida pela *Grundgesetz*, integrada pelo direito fundamental à liberdade de expressão, permearia o Direito Privado através de cláusulas gerais como a do § 826 BGB. Assim: “a expressão de opinião em favor de um boicote não necessariamente viola os *boni mores*, protegidos pelo § 826 BGB; dependendo das circunstâncias concretas, uma tal expressão pode ser justificada como matéria constitucional” (tradução livre. No original: „Eine Meinungsäußerung, die eine Aufforderung zum Boykott enthält, verstößt nicht notwendig gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB; sie kann bei Abwägung aller Umstände des Falles durch die Freiheit der Meinungsäußerung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein“) – cf. ALEMANHA, 1958, p.257.

o conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no Direito Privado por meio dos dispositivos que regem diretamente este âmbito jurídico, de tal sorte que a influência dos direitos fundamentais como critérios valorativos se realiza sobretudo por meio das disposições jurídico-privadas de cunho interpretativo e que integram a ordem pública em sentido amplo (SARLET, 2000, p.125).

É dizer: a normativa constitucional, imantada por elevada carga axiológica, permeia os institutos de Direito Privado e influi na resolução de casos concretos, mesmo nesta solução intermediária (e dominante, na Alemanha) quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e, portanto, quanto à pertinência da cisão público-privado. Sem embargo disto (e, novamente, com maior ousadia por parte das Cortes), a constitucionalização alcançou o Direito de Danos e lhe deu feições até então inéditas na tradição tudesca. Disso é exemplo o célebre *Herrenreiter-Urteil*, no qual o Tribunal Federal alemão (BGH) consagrou aquilo que, apesar da expressa proibição constitucional à criação judicial do direito, já vinha construindo: um novo interesse juridicamente protegido, o direito geral de personalidade (*Allgemeinen Persönlichkeitsrecht*).

A orientação do BGH desde o caso *Herrenreiter* acerca do § 253 BGB toma em conta que uma grave violação do 'direito geral de personalidade' configura lesão a interesse extrapatrimonial e rende ensejo a indenização (...) abalou o estado de coisas até então vigente, marcado pelo fiel cumprimento da lei. E, de tão forte, vale destacar: a Constituição determina a (fundamental) proibição da rebelião dos juízes contra as regras postas<sup>83</sup> (KREY, 1978, p.465).

Tratava-se de ação de reparação de danos aforada por um cavaleiro (*Herrenreiter*) que teve sua imagem veiculada em campanha publicitária de preparado farmacêutico reputado capaz de aumentar a libido, em face da entidade produtora desta solução. A fotografia em referência havia sido captada pela imprensa local, em uma competição de equitação. A ré não recebeu

---

<sup>83</sup> Tradução livre. No original: "die Rechtsprechung des BGH seit dem „Herrenreiter-Urteil" § 253 BGB missachtet und bei schweren Verletzungen des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts" Anspruch auf Schmerzensgeld gewährt (...) hat der Sache nach den bislang vorherrschenden gesetzestreuen Standpunkt schwer erschüttert. Umso nachdrücklicher ist dem gegenüber hervorzuheben: Aus dem Grundgesetz ist ein (grundsätzliches) Verbot der Auflehnung des Richters gegen verfassungsmäßige Gesetze abzuleiten"

autorização do autor para uso do retrato. Em sua defesa, sustentou que não era possível reconhecer o autor nos pôsteres publicitários distribuídos pela cidade, bem como que teria obtido a imagem, já com as edições necessárias ao emprego na dita campanha publicitária, diretamente de uma entidade especializada em publicidade. Os pedidos, ao final, foram julgados procedentes: o *Landesgericht* condenou a ré ao pagamento de DM 1.000,00. Após apelo, o *Oberlandesgericht* aumentou o *quantum* para DM 10.000,00.

A condenação se fundamenta na assunção de que a disseminação, carente da competente autorização por parte do autor, de sua imagem em campanha publicitária consiste em lesão a seus direitos de personalidade. Por isso, a ré deveria compensar os prejuízos derivados de sua conduta, conforme o § 823, II, BGB, em conjunção com o § 2 KunstUrhG (o qual estatuiu que retratos somente poderiam ser distribuídos ou publicamente exibidos com o consentimento do retratado), bem como em decisão pretérita do próprio BGH:

Já na decisão BGHZ 13, 334, 338, o *Senat* decidiu que a sacralidade da dignidade humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, protegidos pelo art. 1 GG, também devem ser reconhecidos como um Direito Civil a ser respeitado por todos na vida cotidiana (ALEMANHA, 1958)<sup>84</sup>.

Assim, considerando que os arts. 1 e 2 GG vinculam o judiciário, este não poderia deixar de proteger os interesses contemplados nestas disposições constitucionais. Daí se ter concluído que o assim chamado direito geral de personalidade se encontra sob o albergue da cláusula de abertura contemplada pelo § 823, I, BGB (*outro direito ou sonstiges Recht*). Via de consequência, estaria satisfeita a exigência de previsão legal para o arbitramento de reparação do dano causado a interesse imaterial (então § 847, BGB, hoje revogado e substituído pelo § 253, II).

Ao assim julgar, ainda em 1958, o Tribunal Federal alemão introduziu, no rol de interesses tutelados pelo modelo codificado de reparação de danos, o direito geral de personalidade (cf, JAYNE, 1988, p.367). Ou seja: sob os

---

<sup>84</sup> Tradução livre. No original: "Bereits in der Entscheidung BGHZ 13, 334, 338 hat der Senat ausgesprochen, daß die durch das Grundgesetz Art. 1, 2 geschützte Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch als bürgerlich-rechtliches, von jedem im Privatrechtsverkehr zu achtendes".

auspícios da aplicação da principiologia axiológica de índole constitucional, inovou no ordenamento. Este julgado é sintomático das grandes repercussões que a constitucionalização do Direito Civil germânico gerou no Direito de Danos, já captadas e minudenciadas por expoentes da literatura jurídica especializada:

O que, hoje, é realmente importante e diferente é a orientação substantiva da responsabilidade civil extracontratual pelos direitos humanos e fundamentais e, por consequência, pela ordem objetiva de valores estabelecida pela(s) Constituição(ões), sob cujo albergue vive – tanto como disciplina quanto como direito positivo. Daí porque a reparação de danos na Europa contemporânea é, cada vez mais, entendida como uma forma de concretização dos direitos constitucionalmente assegurados<sup>85</sup> (von BAR, 1995, 205).

Tal subserviência do Direito de Danos aos valores constitucionais chama atenção para o desvelamento do problema da segurança jurídica na identificação dos danos reparáveis, que será enfrentado adiante. Antes, contudo, um pontual, mas indispensável esclarecimento acerca da organização judiciária alemã e do campo em que funciona o modelo codificado de reparação civil germânico faz-se necessário.

## 3.2 O SISTEMA JUDICIÁRIO ALEMÃO

### 3.2.1 Organização judiciária

A organização judiciária Alemã em matéria civil, conquanto algo complexa, não oferece grandes dificuldades para a apreensão de seu *modus operandi* – sobretudo porque este esclarecimento é meramente instrumental, i.e. descritivo e carente de contextualização histórica e crítica<sup>86</sup>. Basicamente – ressalte-se, apenas no que concerne a questões civis –, o Judiciário é integrado por três níveis, mas apenas duas instâncias: (i) *Amtsgericht* ou Tribunal local; (ii)

---

<sup>85</sup> Tradução livre. No original: “Worum es gegenwärtig wirklich geht, das ist etwas ganz anderes, nämlich die inhaltliche Ausrichtung des außervertraglichen Haftungsrecht auf die Grund- und Menschenrechte und damit auf die objektive Wertordnung der Vergassung(en), unter denen es – als rechtswissenschaftliche Disziplin wie als positives Rechts – lebt. Denn mehr und mehr wird das Deliktsrecht im heutigen Europa als eine Form der Konkretisierung der verfassungsrechtlich verbürgten Freiheitsrechte begriffen”.

<sup>86</sup> Para uma leitura mais compreensiva, v. ROSENBERG, L. *Zivilprozessrecht*. 17ª Ed., atualizada. Atualização de Karl Heinz Schwab e Peter Gottwald. Munique: Beck, 2010.

*Landgericht* ou Tribunal regional; e (iii) *Oberlandesgericht* ou Tribunal estadual superior. Isto à parte, evidentemente, as duas Cortes de Vértice: o *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal), com atribuição para outorgar sentido ao direito infraconstitucional, e o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal), ao qual se confia a guarda da Constituição.

Independentemente da divisão tripartite, ao jurisdicionado se assegura somente o duplo grau de jurisdição. É dizer: de um modo geral, as decisões proferidas pelos Tribunais distritais podem ser revistas pelos Tribunais regionais, ao passo que as decisões que este, originariamente, profere, são revistas pelos Tribunais estaduais superiores. Acerca da competência, distribuição e funcionamento dos *Amtsgerichte*, esclarecem Markesinis e Unberath:

A mais baixa corte em matéria civil é o *Amtsgericht*, do qual há um grande número (693 na Alemanha reunificada, os quais recebem entre 1.2 e 1.4 milhões de novas ações anualmente – números que excluem sua atuação em direito de família). São varas de um juiz singular e têm sua competência especificamente delimitada, o que inclui disputas até o valor de (...) 5.000,00 € (§ 23 nº 1 *Gerichtsverfassungsgesetz*, emendado pela *Zivilprozessreformgesetz*, de 27 de julho de 2001). Ademais, lidam com assuntos bastante variados, como conflitos entre locadores e inquilinos, ações de auxílio financeiro derivadas de relações matrimoniais ou extramatrimoniais; supervisão de guardiões, administradores e *trustes* em processos de falência; bem assim administram variados registros, inclusive o destacado registro imobiliário. Desde 1977, as matérias de família (...) são de competência de uma seção específica da corte, o *Familiensgericht*, sendo que eventual apelo neste matéria será remetido ao *Oberlandesgericht*. Recursos de todas as outras decisões do *Amtsgericht* devem se encaminhadas ao adequado *Landsgericht* (*Berufung*). (Contanto que o valor disputado exceda (...) 600 € (§ 511 ZPO, emendado pela *Zivilprozessreformgesetz*, de 27 de julho de 2001)<sup>87</sup> (MARKESINS e UNBERATH, 2002, p.4).

---

<sup>87</sup> Tradução livre. No original: “The lowest court on civil matters is the *Amtsgericht* of which are a large number (693 in the reunited Germany receiving over 1.2-1.4 million applications/writs per yeas – a figure which excludes the family side of their business). They sit as single judge courts and have limited and specifically ascribed jurisdiction which includes disputes up to the value of (...) 5,000 € (§ 23 Nr. 1 *Gerichtsverfassungsgesetz* as amended by the *Zivilprozessreformgesetz* of 27 July 2001). In addition they deal with such varied matters as disputes between landlords and tenants, claims for financial support arising from marital or extramarital relationships; the supervision of guardians, executors and trustees in bankruptcy; and the handling of various registers including the all-important land register. Since 1977 all family matters (...) are heard by a special division of the court, the *Familiensgericht*, and from there an appeal lies directly to the appropriate *Oberlandesgericht*. Appeals from all other decisions of an *Amtsgericht* can be filed with the appropriate *Landsgericht* (*Berufung*). (Provided the amount in dispute exceeds (...) 600 €; in other cases an appeal may be allowed if the case concerns questions of fundamental importance: § 511 ZPO as amended by the *Zivilprozessreformgesetz* of 27 July 2001)”.

O *Landgericht*, por seu turno, figura como uma Corte intermediária, que ostenta competências originária e recursais, e se divide em Câmaras especializadas, as quais contam com três magistrados de carreira – exceção feita às Câmaras especializadas em direito comercial, nas quais atuam dois juízes leigos, sob a presidência de um juiz togado. Estes Tribunais têm competência ampla para processar e julgar ações com valor superior a 5.000 € (salvo nas hipóteses em que a lei remete o caso aos *Amtgerichte*). Neste nível, as causas podem ser julgadas por um juiz singular (*Einzelrichter*) ou, a depender de sua complexidade, por uma Câmara (*Kammer*), sendo admitida a remessa de autos desta àquele e vice-versa, conforme as peculiaridades do caso (cf. STADLER e HAU, 2005, pp.367-8). O volume de trabalho amonta, em estatísticas já algo antigas, em algo entre 325.000 e 360.000 medidas por ano, além de aproximadamente 80.000 recursos provenientes dos *Amtgerichte* (cf. MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.5).

Recursos interpostos em face de decisões proferidas pelos *Landgerichte*, além de outras hipóteses como a do já contemplado apelo proveniente do *Familiensgericht*, são apreciados por um dos vinte e quatro *Oberlandesgerichte*, para os quais os mesmos filtros recursais indicados acima se aplicam. Em situações excepcionais, as partes podem alçar a controvérsia diretamente ao Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*). Esta possibilidade (*Sprungrevision*, disciplinado pelo § 566a ZPO) se restringe a matérias predominantemente de direito e não prescinde de urgência na resolução da contenda, via uma espécie de julgamento antecipado, bem como de requerimento das partes.

Ao vértice da hierarquia judiciária alemã, encontra-se o Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), com competência para proferir a última palavra em matérias de Direito Civil e de direito penal, a partir de recursos advindos de todas as cortes da Alemanha reunificada (cf. MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.5). Esta Corte se divide em doze Senados Cíveis e cinco Senados Criminais, cada um especializado em matérias diferentes. As decisões colegiadas são tomadas por cinco julgadores, dos quais um preside a sessão de julgamento. Eventuais divergências entre os Senados são afetadas ao Grande Senado da respectiva área de especialidade: Cível ou Criminal (*Grosser Senat für Zivilsachen* e *Grosser Senat für Strafsachen*), os quais são compostos por oito julgadores, sob

a regência do Presidente da Corte. Eventuais dissensos entre Senados Cíveis e Criminais são remetidos ao Grande Senado Combinado (*Vereinigte Grosse Senate*), que conclama juízes de ambas as seções do BGH. Recursos e reclamações direcionadas ao BGH são submetidos a rigoroso controle de admissibilidade.

O ápice do sistema judiciário alemão em matéria constitucional, enfim, é reservado ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Esta Corte integra-se por dois Senados, compostos, cada um, por oito juízes. Seu amplo leque de atribuições compreende, de um modo geral, a guarda da *Grundgesetz* e a outorga de sentido às disposições nela contidas, com especial ênfase à repressão a violações de direitos fundamentais (BVerGG, § 13 n.1, conjugado ao art. 18 GG). Assim, cabe-lhe controlar a atuação de todos os órgãos do Judiciário, o funcionamento do Executivo, a constitucionalidade de atos legislativos e a resolução de disputas acerca de matéria constitucional entre órgãos constituídos, inclusive entre entes federativos (cf. SCHLAICH e KORIOH, 2015, p.4). Em função da já referida releitura do Direito Civil através das lentes da *Grundgesetz* e, mais que isso, da moldagem de novas soluções para problemas particulares à luz da axiologia constitucional, a atuação do BVerfG impacta enormemente nas relações interprivadas – em especial, para esta investigação, no Direito de Danos.

### 3.2.2 Estilo judicial

A promoção de segurança jurídica no espectro do exercício jurisdicional na Alemanha não se deve apenas à estrutura hierárquica que caracteriza sua organização judiciária. Em rigor, conforme voz corrente na literatura, vai além, para conglobar a necessidade de exposição fundamentada das razões de decidir invocadas pelo órgão jurisdicional na resolução de cada causa (cf. ZIMMERMANN, 1996, p.21). Esta verificação, afinada no diapasão da já referida segurança jurídica substancial, pede pelo traçado de um esboço do estilo judicial – dos “usos dos Tribunais a julgar questões semelhantes” (HESPANHA, 2012, p.174) ou das constâncias hauridas da prática redacional reiterada das Cortes – predominante no contexto jurídico que se está a analisar. É que a releitura das



relações legislação-jurisdição e seus desdobramentos no pertinente à busca de respostas para o problema da segurança jurídica na identificação dos danos reparáveis nos modelos de reparação civil codificados brasileiro e alemão torna imprescindível o manejo de decisões judiciais pretéritas. E a compreensão da forma nas quais estas costumam ser moldadas é de grande valia para sua sucessiva apreciação, mormente no bojo de um apreço comparativo<sup>88</sup>. Isto em função do fato de que, conforme adverte Markesinis, com referência específica ao ordenamento alemão:

Um julgamento do Bundesgerichtshof revela muito sobre a histórica jurídica alemã, o tipo de educação recebida pelos juízes alemães nas Universidades, o impacto que o direito escrito/codificado desempenha na maneira com que eles percebem seu trabalho, entre muitas outras coisas<sup>89</sup> (2000, p.296).

De fato, os usos dos Tribunais – em especial do BGH – ao julgar questões afetas ao Direito Civil permitem identificar traços marcantes e facilmente reconduzíveis à gênese do BGB e a seu histórico ao longo do século XX. Assim:

Um julgamento alemão deve se externar como um ato público dotado de imparcialidade e impessoalidade, fornecedor de interpretação oficial e objetiva [do direito], ao invés de se fundar nas opiniões pessoais dos julgadores. Estes nunca escrevem em primeira pessoa e, exceção feita aos julgamentos do Tribunal Constitucional Federal, opiniões concorrentes ou divergentes não são permitidas. A decisão emana da Corte e não dos juízes individualmente considerados, cujos nomes sequer são mencionados nas publicações do Tribunal. (...) Todos os problemas jurídicos suscitados pelos fatos do caso são discutidos de maneira compreensiva, o direito e a literatura pertinentes são cuidadosamente considerados. Uma decisão alemã, no âmbito das Cortes Regionais ou do Tribunal Federal, é dirigida tanto à comunidade jurídica especializada quanto às partes de cada caso concreto<sup>90</sup> (ZIMMERMANN, 1996, p.21).

---

<sup>88</sup> É o que atestam, por exemplo, os famosos estudos de Lawson (LAWSON, F. H. Comparative Judicial Style. *The American Journal of Comparative Law*, v.25, n.2, pp.364-371, primavera de 1977) e Goutal (GOUTAL, J. L. Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A. *The American Journal of Comparative Law*, v.24, n.1, pp.43-72, inverno de 1976).

<sup>89</sup> Tradução livre. No original: "A judgment of the Bundesgerichtshof reveals much about German legal history, the kind of education German judges receive at University, the impact that a largely written/codified system has on the way German judges perceive their job, and much else besides"

<sup>90</sup> Tradução livre. No original: "A German judgement is supposed to appear as an act of an impartial as well as impersonal public authority furnishing the official and objective interpretation rather than being based on the personal opinions of the deciding justices. Thus, it is drafted in a uniform and dispassionate style without any personal flavor. The judges never write in the first person, and concurring or dissenting opinions are not permitted, except in decisions of the Federal Constitutional Court. The decision emanates from the court rather than from individual judges,

Ainda que, de um modo geral, as decisões judiciais alemãs não sejam demasiadamente longas – costumam ter entre duas mil e duas mil e quinhentas palavras (cf. MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.8) – e que haja uma tendência das Cortes em elaborar decisões mais completas, “seu estilo, a não ser pelo *Bundesverfassungsgericht*, limita-se à justificação da decisão, em contraste ao estilo mais robusto da justificação técnica” (BELL, 2006, p.137). Sem embargo disto, o legislador fez constar, no § 313a ZPO, que decisões rotineiras podem ser breves, com simples referência a fatos incontroversos existentes nos autos, inclusive com dispensa do fornecimento de razões para pontos em relação aos quais há convergência das partes.

De mais a mais, as decisões costumam ser embasadas menos em casos pretéritos que em textos normativos, pelo que a referência a precedentes normalmente funciona como exemplo, e não como pedra angular (MARKESINIS, 2000, p.297). Isto seria, ainda no parecer de Markesinis, reflexo de uma educação jurídica excessivamente legalista e ainda bastante ligada ao *background* do Código (cf. 2000, pp.297-298) – ainda que os desdobramentos do Direito de Danos nos últimos setenta anos sinalizem algumas substanciais, mas lentas, mudanças neste modelo.

Finalmente, vencidas as pontuações necessárias à identificação do pano de fundo sobre o qual foi erigido e opera o Direito de Danos teutônico, pode-se avançar para sua análise particularizada.

### 3.3 OS INTERESSES TUTELADOS PELO MODELO ESTATUÍDO PELO BGB

#### 3.3.1 Generalidades

O dever de reparar o dano, no Direito Civil teutônico, consiste, pacificamente, em espécie de obrigação *ex lege* (cf. KOCH, 2012, p.205). Daí as

---

whose names are not even mentioned in the case reports. (...) All legal problems raised by the facts of the case are comprehensively discussed, the pertinent case law and academic literature is thoroughly considered. A German decision, at the regional appellate or Federal Supreme Court level, addresses itself as much to the scholarly legal community as to the parties of the individual cause”

usuais advertências no sentido de que “o pesquisador deve estar preparado para encontrar disposições relevantes não somente em obras que tratem da responsabilidade civil, mas também em tratados sobre todo o direito das obrigações” (MARKESINIS et al, 2005, p.22). Por isso, sua ordenação no BGB se divide em *direito geral de danos*, desenhado entre os §§ 249 e 255 BGB, na parte geral do direito das obrigações, e em *delitos*, compreendidos entre os §§ 823 a 853, na parte especial do direito das obrigações. Assim:

No direito alemão, as disposições dos §§ 249-255 BGB definem o regime geral do Direito de Danos (*allgemeines Schadensersatzrecht*). Elas se aplicam a todos os casos de demandas por danos contemplados pelo Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), e.g. no direito dos contratos, na responsabilidade delitual, *negotiorum gestio*, *culpa in contrahendo* (§§ 311, para 2, 280, para 1 BGB), etc. Elas também são aplicáveis a outras demandas reparatórias de Direito Privado (...), contanto que não haja regras especiais. Os §§ 249 e ss BGB, às vezes, são empregados inclusive no direito público<sup>91</sup> (WINIGER, KOZIOL e ZIMMERMANN, 2011, p.17).

Esta estrutura, com os desdobramentos escrutinados nas seções seguintes, existiu, quase inalterada, durante o primeiro século de vigência do BGB. Em 2002, contudo, houve as já referidas duas grandes reformas no direito das obrigações teutônico. A primeira, corporificada na *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, alterou grande parte do Direito Contratual de um modo geral e, em particular, de alguns contratos típicos, à luz da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e venda Internacional de Mercadorias. A segunda, que, certamente, tangencia a temática ora explorada, visou à atualização da Reparação de Danos alemã *vis-à-vis* os modelos vigentes nos demais Estados Europeus. Assim:

O direito geral de danos alemão existiu quase inalterado durante os últimos cem anos, desde sua promulgação, em 1900. Mas, desde então, surgiram diferentes e importantes necessidades de reforma, amplamente aceitas. Os Tribunais intentaram, ainda que sem integral êxito, adaptar o direito escrito às necessidades modernas, como, por exemplo, ao reconhecer uma maior compensação para o

---

<sup>91</sup> Tradução livre. No original: “In German law, the provisions of §§ 249-255 BGB set out a general regime for a law of damages (*allgemeines Schadensersatzrecht*). They are applicable in all cases of claims for damages in the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), eg in contract law, the law of delict, *negotiorum gestio*, *culpa in contrahendo* (§§ 311, para 2, 280, para 1 BGB), etc. They are also applicable to all other claims for damages in private law (eg commercial law, statutes on strict liability), as long as there are no special provisions. Even in public law §§ 249 ff BGB will sometimes be used”.

dano imaterial que a prevista pelo Código alemão. (...) A presente reforma do Direito de Danos teve quatro metas principais: (1) adaptar o direito às necessidades atuais e melhorar a proteção das vítimas de danos, particularmente no caso de danos pessoais; (2) melhorar a situação de crianças em casos de acidentes de trânsito; (3) concretizar a responsabilidade em casos de acidentes de trânsito e lesões por produtos farmacêuticos; e (4) adaptar, até certo ponto, o direito alemão de danos aos estandartes Europeus<sup>92</sup> (MAGUNS, 2003, p.3).

As inovações promovidas pela via da reforma legislativa que guardam pertinência com os temas inseridos nos confins do recorte promovido serão, oportunamente, pontuadas.

De modo geral e muito superficialmente, dado o escopo desta investigação, o modelo tudesco de reparação de danos se orienta por três linhas-mestras (*Grundsätzen*): (i) reparação *in natura* (*Naturalrestitution*), segundo a qual o ofensor deve restituir o bem lesado (§ 249, I, BGB) ou pagar a quantia necessária para sua restauração (§ 249, II, BGB) (cf. MARKESINIS et al, 2002, p.22), sendo que a compensação pecuniária só tem vez nas hipóteses em que a reparação *in natura* restar impossibilitada (§ 251, I, BGB) ou for excessivamente custosa (§252, BGB); (ii) reparação integral (*Totalreparation*), segundo o qual “o ofensor se obriga a reparar integralmente os danos a si imputáveis”<sup>93</sup> (FUCHS e PAUKER, 2010, p.345); e (iii) integralidade, no sentido de que “em princípio, o direito alemão protege o interesse do reclamante na preservação de seu patrimônio em sua composição específica (*Integritätsinteresse*), ao invés de seu interesse na preservação do valor” (WINIGER, KOZIOL e ZIMMERMANN, 2011, p.18).

Não há grande tolerância quanto ao enriquecimento da vítima em função de reparação do dano (*Gewinnverbot*), até porque a função precípua do juízo de reparação é compensatória (cf. DAUNER-LIEB e LANGEN, 2012, p.94, e

---

<sup>92</sup> Tradução livre. No original: “El derecho general de daños alemán existió casi inalterado durante los últimos cien años desde su promulgación en 1900. Pero, desde entonces, han surgido diferentes e importantes necesidades de reforma, ampliamente aceptadas. Los Tribunales intentaron, aunque no lograron, adaptar el derecho escrito a las necesidades modernas, como por ejemplo reconocer una mayor compensación para el daño inmaterial que la prevista por el Código Civil alemán. (...) La presente reforma del derecho de daños tuvo cuatro metas principales: (1) adaptar el derecho a las necesidades actuales y mejorar la protección de las víctimas de daños, particularmente en el caso de lesiones personales; (2) mejorar la situación de los niños en casos de accidentes de tráfico; (3) concretar la responsabilidad en los accidentes de tráfico y en las lesiones por productos farmacéuticos; (4) adaptar hasta cierto punto el derecho alemán de daños a los estándares europeos”.

<sup>93</sup> Tradução livre. No original: “Nach dem Grundsatz der Totalreparation ist der Schädiger verpflichtet, den gesamten ihm zurechenbaren Schaden zu ersetzen”.

WINIGER, KOZIOL e ZIMMERMANN, 2011, p.17), conquanto haja, na comunidade jurídica alemã, alguma tendência ao reconhecimento também de um viés dissuasivo (cf. SEBOK, 2010, pp.568-569, e KOCH, 2012, p.205).

A reparação fundada no regramento da responsabilidade extracontratual é de difícil alcance, em função da rigidez dos filtros do juízo de reparação: não tanto da culpa, que ainda desempenha um papel central na reparação de danos segundo o BGB, e do nexo de causalidade, diluído em variadas teorias explicadoras, mas, sobretudo, no grande bastião da apreciação de demandas reparatórias: a enumeração de interesses aprioristicamente protegidos (§ 823, I, BGB)<sup>94</sup> e a tendencial interpretação restritiva das cláusulas de abertura (§§ 823, II, e 826, BGB). Isto, evidentemente, à parte as célebres ressalvas quanto à reparação de lesões a interesses imateriais não absolutos (§ 253, BGB) e de danos puramente econômicos, cuja ressarcibilidade somente é admitida na seara contratual (SCHMIDT, 2009, p.144).

Destarte, o deflagrar da atuação de mecanismos de responsabilidade extracontratual pressupõe a ocorrência de lesão a algum dos interesses protegidos por disposições especiais do Direito Privado – sobretudo da responsabilidade delitual –, que traçam os parâmetros de sindicabilidade da reparação de danos, ao determinar o tipo de dano a ser considerado reparável, em virtude de lesão a um interesse juridicamente tutelado (cf. WINIGER, KOZIOL e ZIMMERMANN, 2011, p.18). Mais que isso, em rigor, pressupõe a ocorrência de uma lesão antijurídica (*Rechtswidrig*), sendo que o atributo da antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*), diferentemente do direito Francês, difere substancialmente do elemento subjetivo do ofensor (*Verschulden*). Esta questão será examinada em momento oportuno.

---

<sup>94</sup> A propósito, Schmidt esclarece que o BGB não contém cláusula geral sobre a responsabilidade por ato ilícito, porque seus elaboradores “decidiram, conscientemente, pela ausência de um dispositivo deste tipo e optaram por um modelo casuístico, porque acharam que uma cláusula geral somente dissimularia os problemas mais difíceis no estabelecimento dos limites da responsabilidade e, por conseguinte, complicaria demasiadamente a tarefa do juiz. Assim, o dispositivo básico no âmbito da responsabilidade civil por ato ilícito (§ 823, I, BGB) não requer apenas a ocorrência de algum dano, mas também a violação de bens jurídicos determinados, na doutrina alemã também chamados de ‘bens jurídicos absolutos’ (absolute Rechtsgüter)” (2009, p.140).

### 3.3.2 Uma advertência necessária: responsabilidade contratual e extracontratual

A codificação civil alemã, em matéria de reparação de danos, ostenta algumas peculiaridades bastante distintivas. A primeira – quiçá também a mais relevante – diz respeito às chamadas “‘fraqueza’ da responsabilidade *extracontratual* e ‘potencialidade’ da responsabilidade *contratual*” (SCHMIDT, 2009, p.139), a determinar uma verdadeira fuga do regime da responsabilidade extracontratual, mais rígido, em direção ao dúctil – e, de certo modo, mais generoso – regramento da responsabilidade contratual, o qual franqueia maiores espaços à elaboração de soluções inovadoras por parte da literatura e dos Tribunais. Esta característica, apesar dos apontamentos traçados adiante acerca de sua por demais recorrente invocação pelos Tribunais, não é, originalmente, extravagante. Isto porque “a noção de reparação de dano (*Schadensersatzrecht*) no Direito alemão compreende tanto os delitos civis como também a responsabilidade contratual; tanto as condições e fundamentos da responsabilidade quanto os remédios”<sup>95</sup> (KOZIOL, 2012, p.V).

É que o BGB não arrosta a problemática do dano antijurídico mediante emprego de uma cláusula geral. Ao contrário: opta por seu enfrentamento casuístico, mediante enunciação de interesses protegidos cuja lesão, se constatada, pode dar ensejo à imputação do dever de reparar ao ofensor. A inflexibilidade do desenho da responsabilidade extracontratual será enfrentada adiante, mediante decomposição de seu principal dispositivo, o § 823, BGB. Por ora, basta a notícia de seu rigor, a qual se desdobra, exemplificativamente, (i) na dificuldade de imputação de responsabilidade por fato de terceiro, em função da presunção apenas relativa contemplada pelo § 831, I, BGB; e (ii) na não ressarcibilidade, *cum granus salis*, de danos puramente econômicos. Esta orientação, bastante forte entre os alemães, é bem ilustrada pela decisão proferida pelo BGH diante de caso no qual uma operadora de serviços de camionagem exigia, de um estado federado, a reparação de danos causados em função da inobservância de suas respectivas obrigações de garantia de

---

<sup>95</sup> Tradução livre. No original: “the notion of ‘Schadensersatzrecht’ not only comprises delicts but also contractual liability; further, not only the conditions and the bases of liability but also remedies”.

segurança no trânsito – especificamente: o corte de um galho de árvore que se encontrava a menos da altura máxima permitida para tráfego de cargas sobre a pista de rolamento –, a qual teria lhe suscitado, entre outros prejuízos compensados por companhia seguradora, uma perda puramente econômica, consistente na ruptura de uma relação contratual. Diante destas circunstâncias e do pedido formulado, a Corte assim se pronunciou:

A autora é, certamente, utente da pista de rolamento, pelo que conta com a proteção das normas pertinentes aos deveres de manutenção de segurança de tráfego. No entanto, não pode pedir reparação de seu dano com base em sua inobservância por parte da ré. Isso porque o § 823 Abs. 1 BGB somente obriga à reparação de dano quem violou culposamente e em específico um dos interesses nele listados, ou seja, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito absoluto. Nele não se inclui a generalidade dos danos meramente econômicos, advindos da quebra de contrato<sup>96</sup> (ALEMANHA, 1973, p.463)

Nesta singra, Schmidt (cf. 2009, pp.141-142) chama atenção para mais dois exemplos bastante eloquentes: (1) o da ruptura de um cabo de força, que (i) se apenas impedir o funcionamento de uma fábrica por tempo determinado, produz um prejuízo meramente econômico, indigno de tutela ressarcitória na esfera extracontratual (cf. ALEMANHA, 1977), mas (ii) se impedir o funcionamento de um frigorífico e também provocar a perda de perecíveis armazenados em suas câmaras frias, gera dano à propriedade (direito absoluto contemplado pelo § 823, I, BGB) e suscita a imputação do dever de reparar à entidade responsável (ALEMANHA, 1964); e (2) o dos chamados casos de responsabilidade do experto (*Experthaftung*), que dizem respeito a prejuízos puramente patrimoniais produzidos pela fiança do adquirente de bens de alto valor em laudo distorcido apresentado pelo alienante, não costumam dar ensejo à reparação, pois não há lesão imediata a qualquer dos interesses contemplados pelo § 823, I, BGB – ressalvada a minoritária opinião de Sprenger (2008, pp.1 e

---

<sup>96</sup> Tradução livre. No original: “Die Klägerin war allerdings Straßenbenutzerin und Verkehrsteilnehmerin, deren Schutz die Straßenverkehrssicherungspflicht dient. Bei Anwendung der sonst maßgeblichen privatrechtlichen Grundsätze hätte die Klägerin bei Verletzung der Straßenverkehrssicherungspflicht Ersatz nicht verlangen können. Denn nach der dann anwendbaren Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB ist zum Schadensersatz nur verpflichtet, wer schuldhaft die bestimmten, hier einzeln aufgeführten Rechtsgüter widerrechtlich verletzt, nämlich Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges absolutes Recht, wozu allgemeine Vermögensschäden und bloße Vermögenseinbußen durch Vertragsverletzungen nicht gehören”.

ss), no sentido de que haveria, aí, um interesse protegido pela responsabilidade extracontratual.

Estas limitações, bastante gravosas, impostas pelo modelo de responsabilidade extracontratual estatuído pelo BGB suscitaram, como se disse, um êxodo rumo à responsabilidade contratual, inclusive com a formulação de soluções bastante criativas, *praeter e contra legem*. Isto é: a pretexto da fluidez da linha divisória entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, situações tipicamente extracontratuais foram como que contrabandeadas para a seara contratual, de modo que as sutis interlocuções entre estas esferas, enunciadas por Koziol (2012, p.10), ganharam maior aspereza. Assim:

O sistema alemão da responsabilidade contratual não conhece as mencionadas restrições da responsabilidade extracontratual. Em primeiro lugar, são ressarcíveis também danos exclusivamente patrimoniais e, em segundo lugar, existe uma responsabilidade automática do devedor por seus auxiliares (§ 278 BGB). Podemos somar a essas vantagens o fato de que, no âmbito da responsabilidade contratual, existe uma inversão do ônus da prova da culpa a favor do credor (§ 280, I, 2 BGB, antes da reforma o § 282 BGB). (...) Em vista dessas vantagens, a doutrina e jurisprudência alemãs elaboraram várias construções para reconhecer à vítima de evento danoso pretensões contratuais mesmo em situações em que não havia contrato (SCHMIDT, 2009, pp.144-145).

Tais soluções, conquanto inusitadas, permitiram a acomodação de expectativas direcionadas aos mecanismos reparatórios contemplados pelo grande marco do Direito Privado teutônico e proveram por sua resiliência, em que pesem as grandes metamorfoses socioeconômicas que marcaram seu primeiro século de vigência. Demais disso, sinalizam um novo estágio no estudo e na sistematização da responsabilidade, cujos extremos contratual e extracontratual se passaram a ter como interpolados por espaços intermediários (v. KOZIOL, 2012, pp.93-97). Exemplo disso é a figura do contrato com efeitos protetivos para terceiros, conforme noticia a literatura:

Voltamos ao caso do laudo pericial equivocado sobre o valor de um imóvel ou de uma obra de arte a ser vendida. Nesse caso, houve contrato entre vendedor e perito, mas não entre comprador e perito. Não obstante, a jurisprudência alemão desenvolveu (vale até dizer: inventou) a figura do 'contrato com efeitos protetivos para terceiros' (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*), cuja ideia se pode descrever assim: sempre que uma pessoa que não faz parte de um contrato esta exposta às consequências de um inadimplemento contratual por parte do devedor (...), e este fato é previsível para o devedor, o terceiro (...)



fica protegido pelas regras sobre o inadimplemento do contrato, e não apenas pelas [sic] regime da responsabilidade extracontratual (SCHMIDT, 2009, p.146).

É dizer: formulou-se, a partir das ferramentas do direito contratual, uma solução ao contumaz problema de que a sistemática da responsabilidade extracontratual alemã não permite a reparação dos danos puramente econômicos. Foi-se, em rigor, além no engenho de soluções para os problemas da responsabilidade aquiliana: combinou-se, também de maneira bastante criativa, os institutos da *culpa in contrahendo* (calcada, na seara contratual, em presunção absoluta) e do contrato com efeitos protetivos para terceiros, no julgamento que ficaria conhecido como referente ao *caso da folha de alface*, assim referido por Zimmermann:

Além disso, a famosa ‘descoberta’ de Jhering, a *culpa in contrahendo*, por ele aplicada apenas a um número bastante restrito de situações, foi usada (ou abusada?) pelas cortes alemãs para fazer grandes excursos na responsabilidade extracontratual: assim, elas acolheram uma demanda reparatória fundada no direito contratual (...) mesmo no caso em que a filha de uma cliente em potencial escorregou em uma folha de alface ao ingressar em loja com sua mãe<sup>97</sup> (1990, p.12).

O fundamento para tanto foi que o dano corporal gerado pela embaraçosa queda da criança no interior da loja seria imputável ao administrador desta porque os interesses da vítima estariam contemplados pela esfera de proteção da relação pré-contratual (daí a necessidade de buscar autoridade na *culpa in contrahendo*) entre aquele e sua mãe (cf. MARKESINIS *et al*, 2005, p.96; e ALEMANHA, 1976).

Evidente, assim, que, apesar das críticas advindas de alguns setores da literatura privatista, a literatura e os Tribunais (re)modelaram o direito dos contratos em função da “necessidade de encontrar mecanismos contratuais para compensar os déficits da responsabilidade extracontratual e garantir a efetiva tutela dos bens jurídicos” (SCHMIDT, 2009, p.148).

---

<sup>97</sup> Tradução livre. No original: “In addition, Rudolf von Jhering’s famous ‘discovery’ of culpa in contrahendo, applied by him to a fairly restricted number of situations, has been used (or abused?) by the German courts to make large inroads into the law of delict: thus, they have granted a contractual action for damages (...) even where the daughter of a prospective customer slipped on a lettuce leaf while entering the store with her mother”

Estes desdobramentos da responsabilidade civil contratual em função da austeridade da faceta delitual da reparação de danos chamam atenção a uma advertência importante, no seguinte sentido:

Quem, por exemplo, comparar os regimes da responsabilidade civil extracontratual no Brasil e na Alemanha de maneira isolada, pode chegar à conclusão de que a proteção da vítima no direito alemão é bem mais fraca, tanto pelo sistema casuístico do § 823 I BGB, que não protege o patrimônio em si mesmo, quanto pelo fato de que o § 831 I BGB permite ao empregador eximir-se da responsabilidade por danos causados pelos seus auxiliares. Embora essa afirmação seja correta, seria equivocado extrair desse fato a conclusão de que o standard geral de proteção no direito alemão é mais baixo do que no Brasil. Porque, no direito alemão, em muitas situações a proteção necessária é prestada pelas regras da responsabilidade contratual (SCHMIDT, 2009, p.149).

Via de consequência, os apontamentos que se passam a traçar acerca do modelo extracontratual de reparação de danos estatuído pelo BGB, somente fazem sentido dentro das molduras estabelecidas por este panorama específico. Da mesma forma, é dele que partirão as considerações a propósito do papel das cortes no Direito de Danos alemão.

3.3.3 Responsabilidade extracontratual propriamente dita (*Unerlaubte Handlungen*) e reparação de danos (*Schadensersatz*): interesses especificamente indicados pelo § 823, I, BGB

O modelo alemão codificado de responsabilidade extracontratual tem, como pedra de toque, o § 823, I, BGB, segundo o qual “quem, intencionalmente ou por imprudência, ofender a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outros direitos de outrem fica obrigado a reparar o dano causado”<sup>98</sup>. Este dispositivo, ao inaugurar o capítulo do BGB dedicado à responsabilidade delitual, opera, já se viu, como verdadeiro filtro do juízo de reparação e dá a tônica de toda a sistemática que lhe é pertinente (cf. JAYNE, 1988, p.366). Isto,

---

<sup>98</sup> Tradução livre. No original: “§ 823 Schadensersatzpflicht: (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet”

evidentemente, não só em função do arrolamento de interesses aprioristicamente protegidos, mas também pela exigência de que a lesão a qualquer deles, para configurar um dano ressarcível, tenha o já mencionado atributo da antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*), o qual se verifica, *cum granus salis*, nas situações em que for constatada “a violação de uma norma legal desacompanhada de uma excludente reconhecida pelo direito”<sup>99</sup> (MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.79). Conquanto aparentemente simples, a verificação da antijuridicidade suscitou acalentados debates na literatura jurídica alemã, bem assim alguma oscilação por parte das Cortes, as quais merecem pontual comentário.

### 3.3.3.1 Antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*)

A abordagem dita tradicional em relação à antijuridicidade a tem por verificável, sempre e automaticamente, quando se puder constatar a ocorrência de violação a qualquer dos interesses arrolados pelo § 823, I, BGB, sem amparo em uma excludente legalmente reconhecida (*Rechtsfertigungsgrund*), como, por exemplo, legítima defesa ou estado de perigo (§§ 227 e 228, BGB), bem como, por evidente, o consentimento do ofendido (*Einwilligung des Geschädigten*), ainda que possa haver discussão a este propósito na seara dos danos advindos da prática médica (cf. MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.80), a qual costuma se resolver pelo critério do *consentimento informado* (*Einverständniserklärung*). Assim, o requisito da antijuridicidade estaria presente se, além da ocorrência de lesão a um dos interesses protegidos pelo § 823, I, BGB (inclusive um dos *outros direitos* lá mencionados, por evidente), o ofensor não contar com justificativa ou excludente de responsabilidade ou dela não fizer prova em juízo. É dizer: determina-se, primordialmente, pelo *resultado danoso*.

A este *approach*, opõe-se um conjunto de renomados autores que, em meados do século XX, passaram a defender que a antijuridicidade estaria não no resultado, mas na *conduta* propriamente dita (*Handlung*, a qual, se afrontosa

---

<sup>99</sup> Tradução livre. No original: “the violation of a legal norm in the absence of a legal recognised excuse”.

ao direito, alcançaria o *status* de *Handlungsunrecht*), de modo que, além da violação de interesse protegido, seria necessário conferir se a conduta do ofensor apresenta desvios em relação a modelos de conduta impostos por regras imperativas e pertinentes (*Verhaltensnorm*). Ou, no limite, verificar, a partir de elementos probatórios, se o ofensor violou o genérico *neminem laedere*, o qual consistiria em um dever geral de cuidado (*allgemeine Sorgfaltspflicht*), reconduzível ao § 276, BGB (cf. FUCHS, 2009, p.75), o qual prescreve que todos desempenhem suas atividades cotidianas com os cuidados requeridos por cada situação<sup>100</sup>. Esta conjunção da antijuridicidade a modelos objetivos de conduta a aproxima da culpa normativa, as quais se enfeixariam com a consideração da utilidade ou adequação social (*Sozialadäquanz*) da atividade desempenhada pelo ofensor quando da geração do dano – a qual, naturalmente, remete a questões de fundo, a *policies* (cf. MARKESINIS, 1997-a, pp.234 e ss).

Esta segunda orientação, além de ter recebido o endosso do BVerfG, parece mais compatível com as figuras dos direitos-moldura (*Rahmenrechte*) infiltrados no hermetismo do § 823, I, BGB, pela atuação progressiva da literatura especializada e dos Tribunais. Isto em função de sua vagueza e da consequente necessidade de ponderação dos interesses em conflito para fins de asserção da reparabilidade (DEUTSCH, 1984, p.309). Sem embargo disto e da aparente adequação apriorística da abordagem tradicional à lida com os interesses absolutos enumerados pelo § 823, I, BGB, as ferramentas da segunda corrente são, igualmente, úteis nesta seara em que predomina a técnica legislativa regulamentar, inclusive no que diz com interferências também indiretas nos referidos interesses (cf. MARKESINIS e UNBERATH, 2002, pp.82-83) e com a responsabilização civil por conduta omissiva.

Vencida esta rasante *exposé* das discussões pertinentes ao atributo da antijuridicidade, que importa mais em função da proposta de comparação entre os modelos alemão e brasileiro que por sua efetiva utilidade prática, pode-se avançar rumo ao cerne da faceta extracontratual do Direito de Danos alemão: a identificação dos interesses juridicamente protegidos, a principiar pelo destrinche da textualidade do § 823, I, BGB, e da atribuição de significado a cada

---

<sup>100</sup> Diz o texto normativo: “Age com negligência aquele que, no cotidiano, omite os cuidados necessários”. Tradução livre. No original: “Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt”.

enunciação por ele contemplada pela atuação paulatina e combinada da literatura jurídica e da judicatura, com ênfase à importância desta para a manutenção do modelo *pari passu* com as mudanças sociais havidas no curso do tempo<sup>101</sup>.

### 3.3.3.2 Vida

A infringência do direito à vida, neste diapasão, equivale ao evento *morte* e suscita, como não poderia deixar de ser, proteção pela via da reparação civil. É que a tutela deste direito corresponde ao mais alto valor no direito ocidental; tanto que “constituições como a *Grundgesetz* garantem, pela enunciação de achego da vida, do corpo, da saúde e da liberdade, a própria existência física da pessoa (Art. 2, II, GG)”<sup>102</sup> (BÜRGEMEIER, 2006, p.202). O conteúdo normativo do direito à vida, para fins de delimitação do espectro de proteção que lhe outorgam os mecanismos reparatórios contemplados pelo BGB, principia no décimo quarto dia de gestação, conforme decidido pelo BVerfG ao julgar o primeiro caso de aborto, em 1975, conforme esclarece Bürgemeier:

O BVerfG decidiu, com base em opiniões de especialistas, no primeiro caso de aborto, em 1975, que a vida, no sentido de existência de um indivíduo humano, em face do conhecimento biológico e fisiológico, certamente principia no décimo quarto dia posterior à concepção, com a nidação. Aí é que tem início a proteção outorgada pela responsabilidade extracontratual<sup>103</sup> (2006, p.207).

Na seara da reprodução assistida, o termo inicial da tutela civil da vida humana insere-se em campo de incertezas, sobretudo no que respeita aos

---

<sup>101</sup> Isto em que pese o fato de que, em algumas situações, o significado de algum destes parcelares do § 823, I, BGB, tenha sofrido pequenas variações, eles, de um modo geral, são compreendidos, tanto quanto possível, em sentido literal e apreciado segundo os tradicionais critérios da interpretação gramatical, histórica e sistemática – cuja aplicação às situações nas quais posições jurídicas fundamentais se colocam em jogo torna-se algo complicada (cf. HÄBERLE, 1989, p.916).

<sup>102</sup> Tradução livre. No original: “Verfassungen wie das Grundgesetz garantieren mit Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit auch die physische Existenz des Menschen (Art. 2 II GG)”.

<sup>103</sup> Tradução livre. No original: “Das BVerfG ging, von Experten beraten, im ersten Schwangerenabbruch-Urteil 1975 davon aus, dass Leben im Sinn der geschichtlichen Existenz eines menschlichen Individuums nach Gesichter biologisch-physiologischer Erkenntnis ‘jedenfalls’ vom 14. Tag nach der Empfängnis mit der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter (Nidation) an bestehe. Daran ist für das Haftungsrechte festzuhalten”.

embriões criopreservados. Conquanto a questão ainda não tenha sido resolvida por uma norma positiva, a literatura aponta a implantação do embrião no útero materno como marco-zero desta tutela (cf. BÜRGEMEIER, 2006, p.208). Seu termo final, com maior tranquilidade, é estabelecido pelo critério da morte cerebral e da extinção das funções corporais, de resto já estabelecido pelo Direito Penal. O panorama da proteção reparatória ao direito à vida é, então, assim sintetizado por Dauner-Lieb e Langen:

Violar a vida equivale a matar. De acordo com a classificação do direito penal, a morte cerebral consiste, basicamente, na extinção das funções corporais. Também a morte do nascituro, por ser protegida constitucionalmente, encontra-se sob o escopo a seção 1, pois o início da proteção jurídica da vida mesmo antes do nascimento é e permanece incontroverso. Suicídio assistido não enseja responsabilidade na esfera civil, ao contrário da instigação ao suicídio<sup>104</sup> (2012, p.4474).

A legitimidade para pleitear a reparação de danos gerados em função de infringência a este interesse tutelado é atribuída aos dependentes da vítima primária, os quais podem reclamar não só a restituição de despesas tidas com funeral (*Beerdigungskosten*; § 844, I, BGB), como também a recomposição, pelo ofensor, do auxílio que o morto prestava a sua subsistência. Dependentes, segundo o BGB, são aqueles cujo sustento, por determinação legal, o falecido deveria prover (§ 844, II). Mais especificamente: (i) filhos menores – inclusive ainda não nascidos, contanto que concebidos à época da morte (MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.45) – e cônjuge ou companheiro supérstite (§§ 1360 e 1602, BGB); (ii) ascendentes em primeiro grau (§ 1601, BGB); (iii) a depender das circunstâncias, também o cônjuge separado ou divorciado (§§ 1361, 1569 e ss., BGB).

Em relação ao nascituro, conquanto sejam comuns as afirmações de que sua vida consiste em interesse protegido pela primeira parte do § 823, I, BGB, há alguma resistência por parte dos Tribunais no que concerne à concretização desta reparabilidade. É que, como a responsabilidade extracontratual alemã

---

<sup>104</sup> Tradução livre. No original: “Verletzung des Lebens ist gleichbedeutend mit Tötung. Entsprechend den strafrechtlichen Wertungen ist grundsätzlich der Hirntod maßgeblich für die Beendigung der wesentlichen Körperfunktionen. Auch die Tötung des Nasciturus unterfällt aufgrund des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes des ungeborenen Lebens dem Abs. 1, wobei der Beginn des Rechtsschutzes weiterhin umstritten bleibt. Beihilfe zur Selbsttötung begründet keine Haftung; anders liegt es, wenn das Opfer zum Suizid getrieben wird“

permanece refratária à reparação do dano imaterial e o nascituro, por sua própria condição, não tem dependentes econômicos, muito se dificulta a identificação do legitimado para reclamar a reparação. Destarte – e em que pese a escassez de materiais acerca desta temática – a reparação de danos em função da morte de nascituro parece alcançar, apenas, as despesas médico-hospitalares pertinentes e, eventualmente, os aprestos.

### 3.3.3.3 Corpo e Saúde

O direito ao corpo e à saúde – que se poderia traduzir como integridade psicofísica – diz respeito à *intocabilidade corpórea e da psique da pessoa humana*. A infringência a este interesse protegido com condão para ensejar a imputação do dever de reparar ao ofensor, então, corresponde à ingerência culposa ou dolosa, intrusiva e não consentida, nesta esfera de proteção.

O escopo tutelar do enunciado em referência é compreensivo de uma plêiade de hipóteses lesivas reconhecidas pela literatura e pelos Tribunais, as quais vão da obviedade de lesões corporais por agressão ou acidente automobilístico até a gravidez indesejada, passando por infecções hospitalares, gastroenterites e distúrbios psicológicos. Deste modo:

A precisão terminológica determinou, mais uma vez, o emprego de duas palavras [corpo e saúde] – a primeira abrange qualquer ingerência com o corpo da vítima, como machucar seu dedo, quebrar sua perna ou qualquer outra lesão 'externa' típica de acidentes automobilísticos. Interferências com a saúde da vítima, por seu turno, relacionam-se a problemas internos causados por circunstâncias externas a seu corpo. Infecções internas, infecções bacterianas, inalação de gases venenosos, gastroenterite, entre outros, entrariam nesta modalidade de dano, bem como, em determinadas circunstâncias, perda de sono (aqui, ver BHG 25, Setembro de 1970, MDR 1971, p.37: barulhos oriundos da vizinhança impedem vítima de dormir). Distúrbios psicológicos que poderiam ser classificados como danos psiquiátricos também podem ser incluídos nos danos à saúde, ao contrário, por óbvio, de mera dor, luto ou sofrimento<sup>105</sup> (MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.45).

---

<sup>105</sup> Tradução livre. No original: "Terminological precision has, again, dictated the use of two words – the first signifying any interference with the body of the plaintiff, such as severing his finger, breaking his leg, or external of the kind typically found in car accident cases. Interference with the plaintiff's health, on the other hand, refers to externally provoked malfunctions on his inner body. Internal infections, gastro-enteritis, bacterial infection, inhalation of poisonous fumes, etc. would come into this category as, might in appropriate circumstances, loss of sleep. (On this possibility,

A propósito, Deutsch e Ahrens complementam com a notícia de que também a contração de doenças venéreas ou outros abalos do sistema imunológico, bem assim o consumo de medicamentos falsos ou de remédios erroneamente prescritos são considerados modalidades de violação a este interesse protegido (cf. 2009, p.85) e, portanto, suscitam o reconhecimento de dano reparável (cuja efetiva reparação, contudo, dependerá de prova da culpa, na forma exigida pelo modelo alemão codificado de responsabilidade extracontratual, ressalvados os casos de responsabilidade haurida da colocação de produtos defeituosos no mercado, nos termos da *ProdHaftG*.

Vale dizer: a calibragem, via interpretação, da extensão da tutela conferida ao corpo e a saúde, está a cargo da literatura e da atividade jurisdicional, as quais não se furtam à contemporização do sentido atribuído a este dispositivo às mudanças havidas na sociedade alemã. Assim é que, por exemplo, o BVerfG, já no crepúsculo do Século XX, reconheceu a possibilidade de tutela reparatória em face de casos de gravidez indesejada. *Rectius*: entendeu que o dever de manutenção de uma criança nascida em decorrência da frustração de procedimento de esterilização ou de parecer equivocado acerca de condições genéticas podem constituir um dano reparável. Não sem transitar pelo direito dos contratos (em função do que se expôs na seção precedente), o BVerfG assim julgou as três reclamações constitucionais, referentes a esta situação, reunidas para decisão conjunta e uniforme:

As reclamações constitucionais são infundadas. As decisões atacadas não excedem os limites constitucionalmente estabelecidos para o desenvolvimento do direito por decisões judiciais (I). Elas também não contrariam, em seu conteúdo substancial, qualquer direito fundamental (II)<sup>106</sup> (ALEMANHA, 1998).

---

see: BGH 25, September 1970, MDR 1971, 37: noise from neighboring land preventing plaintiff from sleeping). Psychological disturbances that we would classify under the heading of psychiatric injuries would also be brought under this heading, though not, of course, mere pain, grief and suffering”.

<sup>106</sup> Tradução livre. No original: “Die Verfassungsbeschwerden sind unbegründet. Die angegriffenen Entscheidungen überschreiten nicht die Grenzen, welche der Entwicklung des Rechts durch richterliche Entscheidungen von Verfassungswegen gesetzt sind (I). Sie verstoßen auch in ihrem sachlichen Gehalt nicht gegen Grundrechte (II)”.



A discussão constitucional dizia respeito a uma suposta violação à separação dos poderes, na qual teriam incorrido os Tribunais intermediários ao apreciar as respectivas demandas. O afastamento da insurgência do autor da reclamação se deu ao seguinte fundamento:

Estes princípios constitucionais não proibem o juiz de desenvolver o direito. Ao contrário, diante de aceleradas mudanças nas relações sociais e das limitadas possibilidades de reação por parte do legislador, bem como pela formulação aberta de numerosos textos normativos, a aplicação do direito pertinente a circunstâncias diferentes é parte das tarefas do terceiro poder [o Poder Judiciário]. Isto se aplica, com ainda maior clareza, em função do lapso temporal compreendido entre a prescrição legal e a decisão judicial no caso concreto. O BGH já assumiu esta orientação em relação ao BGB (vgl. BVerfGE 34, 269 [288 f.] = NJW 1973, 1221)<sup>107</sup> (ALEMANHA, 1998).

Quanto ao fundamento normativo invocado pelos Tribunais intermediários, especialmente para a concessão de um quantum compensatório da dor e sofrimento experimentados pela mãe, o BVerfG entendeu que:

os limites do desvelamento judicial do direito também não são extrapolados por decisões concessivas de reparação pelas dores e sofrimento inerentes à gravidez e aos partos realizados por mães que não queriam engravidar. A insurgência no sentido de que isso seria um imperdoável esgarçamento do § 253 BGB não toma em conta que o § 847 BGB expressamente admite a compensação por prejuízos imateriais. O BGH mantém a orientação geral da doutrina civilista tradicional ao tomar uma gravidez indesejada como uma substancial e não consentida invasão à integridade física e, portanto, como um dano corpóreo<sup>108</sup> (ALEMANHA, 1998).

Este raciocínio foi robustecido por considerações de índole constitucional também constantes das razões de decidir deste acórdão, as quais

---

<sup>107</sup> Tradução livre. No original: “Diese Verfassungsgrundsätze verbieten es dem Richter allerdings nicht, das Recht fortzuentwickeln. Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie der offenen Formulierung zahlreicher Normen gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse im Gegenteil zu den Aufgaben der Dritten Gewalt. Das gilt insbesondere bei zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung. Das hat das BVerfG gerade mit Blick auf das BGB ausgesprochen (vgl. BVerfGE 34, 269 [288 f.] = NJW 1973, 1221)”.

<sup>108</sup> Tradução livre. No original: “Auch soweit die Entscheidungen den ungewollt schwangeren Frauen Schmerzensgeld für die mit der Schwangerschaft und der Entbindung verbundenen Beschwerden zusprechen, sind die Grenzen richterlicher Rechtsfindung nicht überschritten. Die Rüge einer unzulässigen Ausweitung des § 253 BGB berücksichtigt nicht ausreichend, daß § 847 BGB die Geldentschädigung für immaterielle Schäden ausdrücklich zuläßt. Soweit der BGH eine ungewollte Schwangerschaft als unbefugten erheblichen Eingriff in die körperliche Integrität und damit als Körperverletzung bewertet, bewegt er sich im Rahmen herkömmlicher zivilrechtlicher Dogmatik”.

foram omitidas em homenagem ao propósito desta seção, limitado a explicitar a estrutura e o funcionamento do modelo codificado alemão de identificação de interesses protegidos para fins de reparação civil.

Outras duas situações não tão obviamente compreendidas pelo escopo protetivo do arrolamento do direito à integridade psicofísica como um interesse juridicamente protegido pelo § 823, I, BGB, dizem respeito a lesões pré-natais experimentadas pelo feto e ao estresse pós-traumático (*Schockschade*). Este fornece fundamento para dedução de demanda reparatória plausível por pessoas próximas à vítima (de praxe fatal) de evento grave, por ter presenciado ou tomado ciência do ocorrido. O choque, contudo, deve ter proporções extraordinárias (ALEMANHA, 1989) e consistir em consequência direta (*verständliche*) do *presenciar* ou do *tomar ciência* do acidente. Os contornos desta questão se definem de maneira bastante casuísta, conforme esclarecem Markesinis e Unberath, inclusive com tradução da íntegra de alguns casos (2002, pp.23 e 115-144).

Quanto às lesões pré-natais, esclarecem os comentadores, com base em decisões do BGH e de alguns OLG:

A responsabilidade por lesões pré-natais de acordo com o Abs. 1 é, de modo geral, reconhecida. Isto vale não apenas para as situações em que o feto (o 'nascituro') seja afetado, por exemplo, por queda da gestante ou mesmo durante o parto, como também quando o evento danoso antecede sua própria concepção (...), como no caso em que a mãe tenha sido infectada com sífilis ou AIDS e acabe por contaminar a criança depois de lhe dar à luz. (...)

Normalmente, demandas de filhos nascidos com algum tipo de doença ou deficiência em face de seus pais costumam ser rejeitadas. Um dever jurídico dos pais de, especialmente quando jovens, atentarem à possibilidade de desenvolvimento de doenças hereditárias, não pode ser reconduzido aos direitos personalíssimos do filho, que sequer teria vindo ao mundo, não fosse a violação daquele dever<sup>109</sup> (DAUNER-LIEB e LANGEN, 2012, p.4478).

---

<sup>109</sup> Tradução livre. No original: "Allgemein bejaht wird eine Haftung gem. Abs. 1 auch für pränatale Schädigungen. Dies gilt nicht nur dann, wenn die Leibesfrucht (der 'Nasciturus') beeinträchtigt worden ist wie etwa bei einem Unfall der Schwangeren oder bei der Entbindung sondern auch dann, wenn das schadensstiftende Ereignis vor der Empfängnis des Kindes liegt (...), wie etwa in dem Fall, dass die Mutter mit Lues oder Aids infiziert worden war und sich diese Krankheit auf das später empfangende Kind übertrug. (...) Abzulehnen sind wenigstens regelmäßig Ersatzansprüche krank geborener Kinder gegen ihre Eltern. Eine Rechtspflicht der Eltern, auch Nachwuchs zu verzichten, weil die Gefahr einer Erbkrankheit besteht, verträgt sich nicht mit ihrem Persönlichkeitsrecht. Zudem dürfte häufig entgegenstehen, dass das Kind ohne die 'Pflichtverletzung' überhaupt nicht am Leben wäre".

A demanda reparatoria fundada em lesão pré-natal pode, posteriormente, ser aforada pela própria criança, contanto que nascida com vida (BÜRGEMEIER, 2006, p.223).

Evidentemente, em função das diretrizes de restituição ou reparação natural e integral, lesões à integridade psicofísica ocasionam possibilidade plausível de se demandar o reembolso ou o custeio de tratamento médico, a perda de tempo útil e outros prejuízos econômicos diretamente decorrentes da lesão. Demais disso, é certo que, pela abertura constante do § 253, II, BGB, pode ser exigida uma quantia módica para compensação da dor e do sofrimento suportados pela vítima (direta ou indireta, no caso dos *Schockschäden*), contanto que igualmente correlacionada à infringência de sua corporeidade.

#### 3.3.3.4 Liberdade

O terceiro interesse arrolado pelo § 823, I, BGB, é a liberdade (*Freiheit*), cujo escopo de proteção se define a partir de interpretação restritiva e, segundo orientação largamente preponderante, corresponde à liberdade de movimento (*Bewegungsfreiheit*). Verifica-se lesão a este interesse protegido (e, portanto, pode-se, em tese, falar em dano reparável) nas situações em que “a liberdade de movimento de uma pessoa for severamente restringida por meios físicos ou morais” (KOCH, 2005, p.209). A proteção delitual civil outorgada à liberdade, então, abrange não apenas a livre movimentação corporal mediante imposição de restrições físicas, mas também a pressão indevida (constrangimento) – via ameaça, violência ou outro tipo de coação – para fazer ou deixar fazer algo (cf. VIEWEG, 2010, p.202). Segundo Markesinis e Unberath (2002, p.49), a abrangência desta previsão do BGB em muito se assemelha à do art. 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual ostenta a seguinte redação:

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

a) Se for preso em consequência de condenação por Tribunal competente;

b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por Tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita em lei;

c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou se pôr em fuga depois de a ter cometido;

d) Se se tratar de detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou de sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;

e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição;

2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões de sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo, deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

4. Qualquer pessoa privada de sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um Tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua liberação, se a detenção for ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção em condições contrárias às disposições deste artigo tem direito a indemnização (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

Os exemplos que a literatura colhe de decisões dos Tribunais germânicos confirmam este viés restritivo, conforme explicita Bürggemeier:

Um caso de violação à liberdade apta a fazer surgir o dever de reparar é o cerco policial de manifestantes pela Polícia por treze horas, ou a detenção forçada e ilegal de determinada pessoa em instituições fechadas, como hospitais psiquiátricos ou penitenciárias (false imprisonment)<sup>110</sup> (2006, p.263).

---

<sup>110</sup> Tradução livre. No original: "Ein Fall pflichtwidriger Freiheitsverletzung ist die 13-stündige Einkesselung von Demonstranten durch die Polizei oder die unberechtigte zwangsweise Internierung in geschlossenen Anstalten, seien es psychiatrische Heilanstalten oder Anstalten des Strafvollzuges (false imprisonment)".

A violação precisa, pois, ser gravosa para se poder considera-la bastante à imputação do dever de reparar. Deste modo e até pela restritiva leitura de *liberdade* como liberdade *corpórea*, não se há que falar em reparação advinda da impossibilidade de deslocamento em função de engarrafamentos ou outros problemas ligados ao trânsito de veículos.

### 3.3.3.5 Propriedade

O último interesse protegido nominalmente indicado pelo § 823, I, BGB, é a propriedade. O escopo protetivo deste segmento do dispositivo em referência repele ingerências que efetivamente impactem no exercício de qualquer dos poderes proprietários, tal qual regulados pelos §§ 903 e ss., BGB. De um modo geral, considera-se *propriedade*, no sentido do § 823, I, BGB, apenas a propriedade corpórea, já que as criações do espírito (objetos de proteção do direito intelectual) não só são protegidos pela legislação especial, como também, na sistemática da responsabilidade extracontratual no BGB, poderiam ser encaixados na categoria “outros direitos” (*sonstige Rechte*), contemplada pela parte final do dispositivo em referência e pelos §§ 249 e ss., BGB (cf. BÜRGEMEIER, 2006, p.334), conforme se verá adiante.

Como desdobramento destas diretrizes, danos substanciais a determinadas coisas, que alcançam desde sua destruição pura e simples até o infligir de avarias, podem, em tese, ensejar o reconhecimento e a imputação do dever de reparar. Assim:

Impedir o proprietário de utilizar sua propriedade configura uma interferência passível de ressarcimento, especialmente se implicar total impossibilidade de uso da coisa (BGH, 21 de junho de 1977, NJW 1977, 2264). Igualmente, a contaminação de ração animal por produtor farmacêuticos que venha a impossibilitar a venda do rebanho, também será considerada lesão à propriedade (BGH, 8 de novembro de 1988, MDR 1989, 244). A remoção [do objeto] da propriedade do lugar onde seu proprietário gostaria de tê-lo deixado também pode ensejar uma demanda reparatória por violação e este interesse, bem como qualquer diminuição ou vandalismo, como no caso de grafite. Mesmo o *uso* de uma coisa sem a permissão de seu dono poderia embasar demanda reparatória por dano à propriedade, ainda que não implique destruição ou um dano à coisa. Derrubar a aliança do autor no rio ou introduzir animais na propriedade alheia, portanto, também poderiam dar

sustentação a uma demanda abrangida pelo escopo da regra em comento<sup>111</sup> (MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.50).

Problemas surgem quando se alcança a zona cinzenta compreendida entre o dano à propriedade e o dano puramente econômico, que, como se viu, não é, de um modo geral, ressarcível segundo as regras alemãs de reparação civil. E o exemplo mais emblemático referido pela literatura diz respeito à orientação do BGH acerca de casos nos quais se discutia a possível ocorrência de dano à propriedade de navios em função de privação de uso que teria sacrificado parcialmente a utilidade dos bens. Numa destas ocasiões – talvez a mais emblemática, depois dos casos da ruptura de cabos de força, já referidos acima –, o BGH foi defrontado com a seguinte situação: o paredão de um canal-chave de um grande porto deslocou-se, fazendo com que um dos navios (referido como barça) do autor ficasse preso e sem acesso ao ponto de carregamento do canal, durante oito meses. O autor reivindicava a reparação de um dano à propriedade, consistente na depreciação do navio por todo este período. O BGH, conquanto tenha reconhecido que estas circunstâncias poderiam gerar lesão à propriedade se a impossibilidade de utilização da coisa, naquele lapso temporal, fosse total, entendeu pela impossibilidade de imputação do dever de reparar à administradora do porto, ao fundamento de que a embarcação não estava totalmente impedida de ser utilizada pelo proprietário (ALEMANHA, 1971).

Os diferentes resultados alcançados pelo BGH nos já referidos casos de ruptura de cabos de força que implicou na paralisação do funcionamento de uma fábrica (sem, contudo, gerar perda de material) e de um frigorífico (com perecimento dos materiais dependentes de refrigeração), também auxiliam na delimitação da fronteira entre dano à propriedade (reparável) e dano puramente

---

<sup>111</sup> Tradução livre. No original: “preventing an owner from using his property will amount to an actionable interference, certainly if the deprivation of use is total. (BGH 21 June 1977, NJW 1977, 2264.) Likewise, the contamination of animal foods by pharmaceutical products which then makes the herd that eat them impossible to sell, will also be actionable under this heading. (BGH 8 November 1988, MDR 1988, 244). Removing the property from where its owner wished it to be may also be actionable under this heading, as would any defacement or denigration of it, for instance, by means of graffiti. Even the use of a thing without the permission of its owner, would be actionable as an interference with property, although it did not entail its destruction or damage. Dropping the plaintiff’s engagement ring in the river, or grazing one’s animals on the plaintiff’s land without his permission, would thus be covered by this provision”.

econômico (em princípio, não reparável). O critério distintivo, então, é, segundo Kötz e Wagner, o seguinte:

A orientação nesta zona cinzenta compreendida entre a violação à propriedade e o dano puramente econômico traça uma distinção funcional, pela qual importa verificar a medida da restrição imposta a determinado círculo de pessoas quanto ao interesse de utilização de certas coisas. Há violação à propriedade quando se verifica completa exclusão de qualquer possibilidade de uso – e não só impedimentos parciais. Por outro lado, há dano puramente econômico quando um número de pessoas, de maneira difusa, têm determinadas modalidades de uso restringidas, como no caso de congestionamentos, fechamento de estradas e de vias navegáveis, etc.<sup>112</sup> (2013, pp.67-68).

A interpretação da proteção oferecida pelo § 823, I, BGB, à propriedade, portanto, opera como fator de confirmação da estranheza que a reparação de danos puramente econômicos causa à vetusta conformação do modelo de responsabilidade extracontratual tudesco.

#### 3.3.4 § 823, I, BGB, in fine: outros direitos (absolutos)

Após enunciar, especificamente, todos os interesses até aqui analisados (vida, corpo e saúde, liberdade e propriedade), o legislador alemão fez constar uma cláusula de abertura, mediante emprego da expressão “ou um outro direito” (*oder ein sonstiges Recht*), ao termo da primeira seção do § 823, BGB. A medida da amplitude desta previsão legal foi objeto de acirrada discussão, a qual culminou no estabelecimento de algum consenso quanto à orientação de que a referência que se faz seria apenas a *outros direitos absolutos*, no sentido de ‘oponíveis *erga omnes*’. Isto é: “os ‘outros direitos’ previstos pelo § 823 I BGB seguem a intenção do legislador, no sentido de se restringirem aos que guardam

---

<sup>112</sup> Tradução livre. No original: “Orientierung in diese Grauzone zwischen Eigentumsverletzung und reinem Vermögensschaden bringt eine funktionale Abgrenzung, nach der es darauf ankommen muss, ob einer beschränkter Personenkreis in erheblicher Weise in seinen Nutzungsinteressen betroffen ist. Eine Eigentumsverletzung setzt danach den völligen Ausschluss jeder Nutzungsmöglichkeit voraus, nicht nur die Verteidigung der einen oder anderen Nutzungsmodalität. Ein reiner Vermögensschaden liegt hingegen vor, wenn eine Vielzahl von Personen in diffuser Weise in einzelnen Nutzungsmodalitäten betroffen ist, wie etwa bei Verkehrsstaus, Sperrungen von Land- und Wasserstraßen usw.“.

semelhança com a propriedade (§ 903)”<sup>113</sup> (BURGGEMEIER, 2006, p.346). Tanto é assim que alguns autores (cf. DEUTSCH e AHRENS, 2009, p.87), ao dissertar a respeito deste dispositivo, falam em “outros direitos absolutos” (*Absolute sonstige Rechte*).

Em função desta leitura e da facilmente traçável analogia entre a posse (*Besitz*) – o exercício de poder de fato sobre a coisa (*tatsächliche Gewalt über eine Sache*, na dicção do § 854, I, BGB) –, sobretudo tomada na condição de direito subjetivo de índole patrimonial, que pressupõe a justiça em seu exercício (*berechtigten Besitz*), e propriedade, tem-se que aquela se encontra ao albergue da proteção outorgada pelo § 823, I, aos *outros direitos*.

Exatamente na mesma linha (e com idêntica obviedade), as demais situações jurídicas comparáveis à propriedade são tomadas pela comunidade jurídica alemã como *outros direitos*. Assim:

A segunda variedade clássica dos ‘outros direitos’ contemplados pelo § 823 I abrange a locação imobiliária, os direitos reais limitados, o usufruto, a servidão e a servidão de passagem. Também o direito do adquirente de coisa vendida com reserva de domínio é reconhecido como outro direito. Isto decorre da ampla autonomia deste direito, que pode ser tomado em sua transmissibilidade, independentemente de seu emprego como garantia<sup>114</sup> (BÜRGEMEIER, 2006, p.347).

Sem embargo da inequívoca proteção outorgada pela responsabilidade extracontratual a estes interesses jurídicos, alguns problemas operacionais podem surgir no momento da identificação do legitimado a pleitear a reparação: se o proprietário, em função do domínio, ou o titular de direito real limitado, em função da tutela conferida a este *outro direito*. A questão, contudo, é sucessiva à identificação do interesse protegido e, logo, também à qualificação da lesão como dano reparável. Transcende, portanto, as pretensões deste trabalho, pelo que basta a notícia de sua existência.

---

<sup>113</sup> Tradução livre. No original: “Die ‘sonstige Rechte’ i.S. des § 823 I BGB zeichnen sich nach der Intention des Gesetzgebers dadurch aus, dass sie nach Art des Eigentums (§ 903) ausgestaltet sind”.

<sup>114</sup> Tradução livre. No original: “Der zweite klassische Bereich der ‘sonstigen Rechte’ nach § 823 I umfasst die beschränkt dinglichen Verwertungsrechte Nießbrauch, Dienstbarkeit, Erbbaurecht und Wegerecht. Als sonstiges Recht ist auch das dingliche Anwartschaftsrecht des Erwerbers einer Sache unter Eigentumsvorbehalt anerkannt. Dies folgt aus der weitgehenden Verselbständigung dieses Rechts, die sich in seiner selbständigen Übertragbarkeit und seiner Verwendung als Sicherungsgut zeigt”.



No mesmo diapasão, como já se referiu, as posições jurídicas hauridas do direito intelectual também são protegidas pela responsabilidade extracontratual alemã. Assim: “bens jurídicos imateriais, como a patente, o modelo de utilidade, o direito de autor e a marca, são *outros direitos*” (DEUTSCH e AHRENS, 2009, p.88). Isto porque consistem em direitos absolutos, atributivos de poder sobre bens não corpóreos (cf. DEUTSCH e AHRENS, 2009, p.88).

A figura dos *outros direitos*, ainda no campo da interpretação restritiva e preocupada com a *vontade do legislador*, contempla também a participação societária, em relação à interferência dolosa ou culposa de terceiros. (DAUNER-LIEB e LANGEN, 2012, p.4489), especialmente no que diz com a possibilidade de exclusão de sócio e ao encerramento das atividades sociais.

Finalmente, há discussões acerca da inserção de posições jurídicas típicas do Direito de Família no espectro de proteção oferecido pela referência a *outros direitos*, no § 823, I, BGB. De um modo geral, entende-se que, sob esta rubrica, somente estariam protegidos os aspectos das relações familiares que ostentem caráter absoluto (*Ausschließlichkeitscharakter*), a exemplo da guarda e da autoridade parental (§§ 1626 e ss., BGB; cf. FUCHS e PAUKER, 2012, p.36).

À parte estas derivações timbradas por maior proximidade aos interesses explicitamente protegidos pelo dispositivo em análise e apesar da diretriz de interpretação restritiva da figura dos *outros direitos*, a comunidade jurídica alemã entalhou novas posições jurídicas protegidas pela responsabilidade extracontratual: os chamados direitos-moldura (*Rahmenrechte*), que resguardam o direito à manutenção de um empreendimento funcional e operante (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*) e o direito geral de personalidade (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*). Estas figuras, consolidadas pela via do reconhecimento judicial em face do aparente esgotamento do rígido modelo extracontratual de reparação de danos contemplado pelo BGB, tal como a antes indicada diáspora da responsabilidade extracontratual para a responsabilidade contratual, acenam para um (já de longa data) renovado sentido da segurança jurídica, mais enfático em sua dimensão substancial.

### 3.3.4.1 O direito a um empreendimento funcional e operante (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*)

O direito a um empreendimento funcional e operante (no sentido de pré-existente) e o direito geral de personalidade, na condição de interesses protegidos, são típicas criações judiciais. Isto é: mesmo que sob os auspícios de interpretação sistemática do ordenamento (e não só do Código Civil), a magistratura alemã *cunhou* estas novas posições jurídicas protegidas e excepcionou o rigorismo do § 823, I, BGB, e do não merecimento de tutela dos interesses puramente econômicos, para dar maior flexibilidade ao modelo alemão codificado de reparação de danos, sobretudo na dimensão extracontratual.

O primeiro destes interesses, o direito a um empreendimento funcional e operante, foi proclamado pelo *Reichsgericht* em 1904, pouco após a entrada em vigor do BGB, e logo se tornou “uma espécie de cláusula geral vocacionada à proteção de empreendimentos comerciais contra certos tipos (definidos com muita vagueza) de interferência em seus interesses econômicos”<sup>115</sup> (MARKESINSIS e UNBERATH, 2002, p.71).

No *leading case*, dois concorrentes discutiam uma suposta contrafação de modelos de utilidade: o réu, especializado na produção de tapetes e itens de pelúcia, emitia advertências e promovia medidas judiciais em desfavor do autor, ao fundamento de que este, ao empregar técnica semelhante para produção de itens semelhantes, estaria a infringir sua propriedade intelectual – cujo registro pela entidade responsável pela outorga de proteção jurídica à propriedade intelectual fora indeferido. Os pedidos formulados pelo autor diziam respeito à reparação dos danos que esta conduta anticoncorrencial e abusiva do réu gerava a seu empreendimento. Após reconhecer a antijuridicidade da prática imputada ao requerido, o *Reichsgericht* iniciou busca, nas duas vigas-mestras do modelo extracontratual de reparação civil estatuído pelo BGB (§§ 823, I, e 826) e na legislação esparsa, por um fundamento para condenação. Alcançou, então, a constatação de que (i) nos termos de entendimentos pretéritos exarados pela

---

<sup>115</sup> Tradução livre. No original: “it has developed into a kind of general clause intended to protect commercial enterprises against the infliction of certain types or rather vaguely defined interferences with their economic interests”.

própria Corte, o direito ao empreendimento funcional e operante, malgrado subjetivo, merece tutela destacada (cf., a propósito, BÜGGEMEIER, 2006, p.362); e (ii) o fundamento para esta proteção via responsabilidade extracontratual reside na abertura do § 823, I, BGB, aos *outros direitos*. Assim

Perturbações diretamente infligidas à atividade empresarial, portanto, devem ser consideradas como uma violação nos termos do § 823, Abs. 1. Uma tal violação, dirigida contra o próprio empreendimento, dá-se quando, devido à [alegada] titularidade de bem protegido pela propriedade industrial, obsta-se a exploração de determinada atividade, a ponto de impossibilitá-la<sup>116</sup> (ALEMANHA, 1904).

Este julgado inaugurou uma cadeia de decisões até hoje referenciadas para fins de identificação de comportamentos que infringem o direito a um empreendimento funcional e operante, sobretudo na seara concorrencial.

Como não poderia deixar de ser, especialmente em um ordenamento jurídico filiado à tradição Continental com fortes restrições à fluidificação das fronteiras que marcam a cisão dos poderes constituídos, o reconhecimento do merecimento de tutela deste interesse sob a rubrica “*outros direitos*” causou grande alvoroço na literatura e é alvo de críticas bastante duras (cf. WIETHÖLTER, 1970, pp.121-139). Esta problematização alcançou níveis notórios com a percepção de que, em determinados casos, este direito-moldura (*Rahmenrecht*) teve seu escopo de proteção esgarçado, na medida em que permeado por discussões acerca de outras posições jurídicas (inclusive fundamentais), como a liberdade de expressão e um de seus consectários, o direito de crítica. Caso bastante emblemático deste permear do direito à manutenção do empreendimento funcional e operante por discussões acerca de posições jurídicas outras é o famoso *Blinkfuer Urteil*, julgado pelo BVerfG em 1969.

Tratava-se de reclamação constitucional aforada por *Blinkfuer*, uma pequena venda de livros de orientação política marxista, em face do grande grupo editorial Axel Springer, ao argumento de que este, ao instruir livreiros e

---

<sup>116</sup> Tradução livre. No original: “Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, dürfen deshalb als eine unter § 823 Abs. 1 fallende Rechtsverletzung angesehen werden. Ein derartiger, gegen den Gewerbebetrieb selbst gerichteter Eingriff ist es offenbar, wenn auf Grund eines angeblich entgegenstehenden gewerblichen Schutzrechts die rechtliche Zulässigkeit dieses Betriebs in bestimmtem Umfange verneint, und deshalb seine Einschränkung verlangt wird”.

distribuidores a não mais negociar livros oriundos da Alemanha Oriental, em 1961, sob pena de terem tolhida a possibilidade de continuar a vender materiais por si produzidos, teria infringido seu direito à manutenção de um empreendimento funcional e operante. Isto porque, como uma venda politicamente afinada com as diretrizes imperantes na Alemanha Oriental, obediência ao conclamo de Springer implicaria, para *Blinkfüer*, uma redução de dez por cento em seu faturamento. Em sua defesa, Springer alegou que a chamada para boicote nada tinha de ilícito e que, segundo decidido no caso *Lüth*, estaria resguardada pela liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional acolheu as razões da reclamante e deixou de aplicar o precedente invocado pela reclamada mediante emprego da técnica do *distinguishing*. Assim:

A situação é diferente na medida em que no assim chamado caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198 e ss. = NJW 58, 257), a chamada para boicote se limitava à invocação da responsabilidade moral e política de seus destinatários, sem perspectiva de restringir, com eficácia, a manifestação artística do filme de Harlan, pois carecia de meios coercitivos para tanto. Os destinatários, então, permaneceram livres para decidir, conforme suas vontades, se iriam segui-lo. Por outro lado, o bloqueio de entrega de materiais ameaçado pelos réus tem o condão de causar desvantagens significativas às atividades de atacadistas e varejistas de mídia impressa. Demais disso, ela implica risco de desvio de clientela, na medida em que os consumidores costumam adquirir brochuras editadas pelo réu. (...) Por isso, as ações do réu não podem ser consideradas meios razoáveis para concretização de seu clamor (ALEMANHA, 1969)<sup>117</sup>.

A consequência imediata desta *ratio* é a exclusão da chamada para boicote levada a efeito pelo grupo Springer do escopo de proteção do direito à liberdade de expressão, pois:

---

<sup>117</sup> Tradução livre. No original: “Der Sachverhalt unterscheidet sich insoweit wesentlich von dem des sog. Lüth-Urteils (BVerfGE 7, 198 ff. = NJW 58, 257). Die nur an die moralische und politische Verantwortung appellierende Meinungsäußerung des Senatsdirektors Lüth konnte die künstlerische und menschliche Entfaltungsmöglichkeit des Filmregisseurs Harlan unmittelbar und wirksam überhaupt nicht beschränken; denn Lüth standen keinerlei Zwangsmittel zu Gebote, um seiner Aufforderung Nachdruck zu verleihen. Er konnte sich nur an das Verantwortungsbewußtsein und die sittliche Haltung der von ihm Angesprochenen wenden und mußte es ihrer freien Willensentschließung überlassen, ob sie ihm folgen wollten. Dagegen hätte die von den Beklagten angedrohte Liefersperre infolge ihrer marktbeherrschenden Stellung den von ihr betroffenen Zeitungsgrossisten und Einzelhändlern spürbare, unter Umständen existenzbedrohende Nachteile zufügen können. Sie hätte wohl auch die Abwanderung von Kunden zur Folge gehabt, die neben einigen der von den Beklagten herausgegebenen Blättern andere Zeitungen oder Zeitschriften zu kaufen pflegen. (...) Daher kann das Vorgehen der Beklagten nicht mehr als ein angemessenes Mittel zur Verwirklichung ihres Appells angesehen werden“.

Uma chamada para boicote se encontra protegida pela liberdade de expressão quando, baseada em argumentos e limitada à persuasão, mediante demonstrações, explicitações e considerações de diversas ordens, sem, portanto, emprego de meios de constrangimento à liberdade de seus destinatários, inclusive pressão econômica<sup>118</sup> (ALEMANHA, 1969).

Esta modulação da tutela ofertada pela previsão constitucional que resguarda a liberdade de expressão ocorreu pela via de discussão fundada em alegada violação a posição jurídica cujo merecimento de tutela sequer é possível derivar da simples leitura do rol de interesses protegidos pelo modelo alemão de responsabilidade extracontratual codificado. À parte a discussão de matriz política e constitucional (cf. WIETHÖLER, 1970, p.134 e ss), é certo que, deste ponto em diante, passou-se a reconhecer a chamada para boicote associada a algum mecanismo coercitivo como uma espécie de delito civil (*Unerlaubte Handlung*) apto a suscitar a atuação de mecanismos reparatórios na esfera extracontratual.

Na singra da moldagem das situações acobertadas pelo *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*, foram alcançadas outras soluções bastante controvertidas. Assim, greves consideradas ilegítimas e socialmente inadequadas<sup>119</sup> que impactem diretamente na rotina de um empreendimento funcional e operante podem resultar em violações a este direito – o que, na Alemanha, é bastante sensível, pois, até meados da década de 1930, greves eram consideradas delitos civis, na dicção do § 826, BGB, que, como se verá, exige, além de produção dolosa de um dano, que a conduta do ofensor

---

<sup>118</sup> Tradução livre. No original: „Ein Boykottaufruf wird durch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung dann nicht geschützt, wenn er nicht nur auf geistige Argumente gestützt wird, sich also auf die Überzeugungskraft von Darlegungen, Erklärungen und Erwägungen beschränkt, sondern darüber hinaus sich solcher Mittel bedient, die den Angesprochenen die Möglichkeit nehmen, ihre Entscheidung in voller innerer Freiheit und ohne wirtschaftlichen Druck zu treffen“.

<sup>119</sup> Muito em síntese, inadequada é a greve que contraria as orientações do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*, BAG) e as leis esparsas disciplinadoras do direito coletivo do trabalho (para mais detalhes, v. BÜRGEMEIER, 2006, pp.369-370). A menção direta às decisões do BAG se deve ao fato de que, na Alemanha, o Direito do Trabalho não é codificado, pelo que seu conteúdo é, em larga medida, estabelecido pela via judicial (cf. ZIMMERMANN, 1996, p.8). A propósito da greve como delito civil, cf., por todos, RAMM, T. Der Streik als unerlaubte Handlung (Eine kritische Betrachtung). *Arbeit und Recht*, v.12, n.11, nov./1964, especialmente pp.322 e ss. Sobre as diferentes modalidades de greve e suas relações com a responsabilidade extracontratual, v. BÜRGEMEIER, G. *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts. Heidelberg: Springer, pp.369-375.

seja ofensiva à moral e aos bons costumes (cf. RAMM, 1964, p.321). Via de consequência, tem o condão de oferecer base jurídica para o aforamento de demandas reparatórias.

Também outras espécies de manifestações coletivas, inclusive protestos, barricadas e demonstrações, especialmente se violentos, podem consubstanciar ofensas ao direito ao empreendimento funcional e operante, segundo as diretrizes estabelecidas pela judicatura. Assim, apesar da proteção constitucional – também existente em relação ao direito de greve – da liberdade de movimento e do direito à autodeterminação (arts. 2, I, 12 e 14, GG), estas práticas podem ser consideradas delitivas e, portanto, suficientes ao embasamento de pedidos de reparação civil.

Enfim, também violações menos palpáveis ao funcionamento de um empreendimento pré-estabelecido podem render ensanchas à imputação do dever de reparar. Assim, por exemplo, uma crítica pejorativa, especialmente se passível de enquadramento em tipos penais ou ofensiva aos *boni mores*, pode fazer gerar uma pretensão reparatória, se violar o interesse em comento. Outra não é a diretriz estabelecida no famoso caso *Constanze*, no qual se discutiu a juridicidade de comentários ácidos e depreciativos acerca de uma revista de moda, feito pelo jornal de uma Diocese, até hoje utilizado como parâmetro para apreciação dos limites da crítica legítima (e da reparação dos prejuízos gerados por sua inobservância) pelas Cortes teutônicas (e.g.: caso *Spickmich.de* – ALEMANHA, 2009 –, sobre avaliação de professores na internet).

A outorga de tutela ao direito a uma empresa funcional e operante via responsabilidade extracontratual, à vista do exposto, não apenas sinaliza o intento de flexibilizar o rígido modelo de reparação de danos estatuído pelo BGB – principalmente pela via da abertura à reparação do dano (quicá puramente) econômico (cf. KÖTZ e WAGNER, 2013, p.75) –, como também ilustra a recompreensão do sentido atribuído à segurança jurídica, na medida em que, na seara da identificação dos interesses protegidos, esta se promove não apenas via enunciação certa e literal de soluções normativas, mas sobretudo por intermédio do oferecimento de razões adequadas à proteção de certas posições jurídicas não contempladas pelo legislador.

### 3.3.4.2 O direito geral de personalidade (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*)

O mais significativo e facilmente perceptível influxo da principiologia axiológica de índole constitucional no Direito de Danos alemão se consubstancia na inserção, por esforço do BGH, do direito geral de personalidade (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*) sob a rubrica *outros direitos*, na parte final do § 823, I, BGB. A propósito, pontua Alexander:

O reconhecimento do direito geral de personalidade, bem assim o delineamento de seus contornos, certamente é uma das grandes façanhas do BGH no campo do Direito Privado. Ainda que questões pertinentes a detalhes permaneçam em aberto, é certo que o direito geral de personalidade se aplica, hoje, como um princípio indiscutível. Mais ainda em face dos novos perigos que arrostando a personalidade – sobretudo na seara da proteção de dados pessoais<sup>120</sup> (2014, p.2).

Esta abertura à proteção do direito geral de personalidade se deu a partir de três *leading-cases*<sup>121</sup>: o já destrinchado caso *Herrenreiter* (cf. 3.1.3, *supra*) e os casos *Leserbrief* (“carta do leitor”) e *Paul Dahlke*. Ainda que estes não sejam, exatamente, a estaca-zero da proteção da personalidade, dúvidas não há de que se encontram no início de seu desenvolvimento e de seu espraiar em direção ao Direito de Danos. Mais que isso, os três julgados revelam que “o BGH, desde cedo, chamou para si o papel de não apenas interpretar e aplicar o BGB, mas

---

<sup>120</sup> Tradução livre. No original: “Die Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie die Ausgestaltung dieses Rechts gehört sicher zu den Großtaten des BGH auf dem Gebiet des Privatrechts. Gewiss wird über viele Detailfragen nach wie vor intensiv diskutiert. Gleichwohl darf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht heute im Grundsatz als unbestritten gelten. Mehr noch: Angesichts immer neuer Gefährdungen der Persönlichkeit – man denke nur an die zunehmende Bedeutung des Schutzes personenbezogener Daten”.

<sup>121</sup> Também aqui os casos analisados foram selecionados de modo a expor, por intermédio de exemplos, a maneira com que opera o progressivo reconhecimento de novas posições jurídicas protegidas pelo modelo alemão (no caso do direito geral de personalidade, às vezes mesmo à custa desta generalidade enunciada). Outras hipóteses de conflitos concretos, conquanto relevantes e condizentes com a proteção outorgada à personalidade, foram deixadas de lado em função do recorte promovido à luz dos propósitos do trabalho. Assim, casos nos quais se discutem as tensões entre personalidade e liberdade de expressão ou informação, dada sua inata complexidade e composição mais por elementos de Direito Constitucional que de Direito Civil, são meramente tangenciados, tanto na apreciação do modelo alemão quanto na do brasileiro. A análise desta ordem de conflitos exigiria maior delonga na consideração da casuística, o que viria à custa do escopo da pesquisa.

também, de, se e quando necessário, remodelá-lo<sup>122</sup> (ALEXANDER, 2014, p.3). Vale dizer: aqui, talvez até mais que na seara do direito à manutenção do empreendimento funcional e operante, percebem-se grandes avanços nas obras levadas a efeito no canteiro onde se erige a *catedral do Direito Judicial*, de que falam Kötz e Wagner (2013, p.v).

O caso *Leserbrief*, (ALEMANHA, 1955, pp.197 e ss) diz respeito a conflito instaurado entre o hebdomadário *Welt am Sonntag* e Hjalmar Schacht, diretor do *Reichsbank*, que tinha forte ligação com o recém-derrubado regime nacional-socialista, em função de artigo lavrado pelo jornalista Klaus Besser, no qual se enfatizava alguns aspectos destas conexões políticas do banqueiro. É que, após a publicação deste texto, o advogado do sr. Schacht enviou missiva à editora do noticiário, com o objetivo de retificar algumas das informações nele veiculadas acerca de seu cliente. A editora, contudo, limitou-se a publicar uma versão modificada (mais breve) desta comunicação na seção *Cartas o Leitor* – daí a alcunha atribuída ao caso –, com destaque equivalente às demais manifestações de leitores acerca de outras matérias, colunas e reportagens. O procurador tomou a publicação desta versão de sua notificação na página de *Cartas do Leitor* como uma afronta a seus direitos de personalidade, a principiar pela dimensão moral do direito de autor (a Editora, evidentemente, não poderia modificar o texto, tampouco publicá-lo, sem prévia autorização). Requeceu, então, que a ré se retratasse e corrigisse as informações veiculadas. Esta, contudo, alegou estar isenta de qualquer responsabilidade, pois, ao publicar a missiva na seção *Cartas do Leitor*, teria cumprido as determinações do § 11, da Lei de Imprensa em vigor.

O LG condenou a Editora, com fundamento nos §§ 823, II, BGB, c/c 186 e 187, StGB, ao argumento de que a veiculação da carta na referida seção consistiria em exposição depreciativa e intencional da atividade do autor. O OLG, ao apreciar recurso da ré, reformou a decisão, por entender que tal publicação não bastaria para ensejar uma condenação. Em sede de revisão, o BGH restabeleceu a decisão do LG, com esteio nas seguintes razões:

---

<sup>122</sup> Tradução livre. No original: “Die Urteile belegen zugleich, dass der BGH bereits früh für sich in Anspruch genommen hat, das BGB nicht nur auslegen und anwenden, sondern das Privatrecht maßgeblich mit- und – wenn notwendig – umgestalten zu wollen”.



Desde que a *Grundgesetz* enunciou o direito das pessoas ao respeito a sua dignidade (art. 1, GG) e o direito ao livre desenvolvimento de suas personalidades como particulares, como posições jurídicas tuteláveis na medida em que seu exercício não ofenda a ordem constitucional ou a lei moral (art. 2, GG), o direito geral de personalidade é reconhecido como um direito fundamental a ser assegurado (...)

Qualquer manifestação linguística do conteúdo de pensamentos consiste em manifestação da personalidade do autor (...). Consequentemente, [em função das regras de direito autoral], o autor é titular exclusivo da prerrogativa de decidir se e de que forma seus registros serão disponibilizados ao público. (...) A versão dos registros e a maneira com que se dá sua veiculação sujeitam-se à avaliação crítica da opinião pública, que delas se vale para formar impressões acerca da personalidade do autor. Uma publicação desautorizada de registros particulares, de regra, consiste em ingerência não consentidas na esfera pessoal do autor. A publicação de uma versão modificada de registros pessoais ofende a personalidade do autor, porque as alterações não consentidas permitem a representação de uma outra imagem de si [pela opinião pública]<sup>123</sup>.

Assim, não apenas houve violação da dimensão moral do direito do autor, como também uma lesão mais ampla ao direito geral de personalidade, na medida em que o público-leitor foi municiado com elementos que endossavam uma leitura distorcida da personalidade do autor. Esta decisão é considerada um marco da constitucionalização do Direito Civil e da proteção dos direitos de responsabilidade pelo Direito Privado alemão – a qual é provida pelo BGB de maneira muito tímida e pontual, em relação, por exemplo, ao direito ao nome (cf. ALEXANDER, 2014, p.11).

---

<sup>123</sup> Tradução livre. No original: "Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art. 1 GrundG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 GrundG), muß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleiste stetes Grundrecht angesehen werden (...). Jede sprachliche Festlegung eines bestimmten Gedankeninhalts ist, und zwar auch dann, wenn der Festlegungsform eine Urheberschutzfähigkeit nicht zugebilligt werden kann, Ausfluß der Persönlichkeit des Verfassers. Daraus folgt, daß grundsätzlich dem Verfasser allein die Befugnis zusteht, darüber zu entscheiden, ob und in welcher Form seine Aufzeichnungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden; denn jeder unter Namensnennung erfolgenden Veröffentlichung von Aufzeichnungen eines noch lebenden Menschen wird von der Allgemeinheit mit Recht eine entsprechende Willensrichtung des Verfassers entnommen. Die Fassung der Aufzeichnungen und die Art ihrer Bekanntgabe unterliegt der Kritik und Wertung der öffentlichen Meinung, die aus diesen Umständen Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Verfassers zieht. Während eine ungenehmigte Veröffentlichung privater Aufzeichnungen in der Regel einen unzulässigen Eingriff in die jedem Menschen geschützte Geheimsphäre darstellt, verletzt eine veränderte Wiedergabe der Aufzeichnungen die persönlichkeitsrechtliche Eigensphäre des Verfassers deshalb, weil solche vom Verfasser nicht gebilligten Änderungen ein falsches Persönlichkeitsbild vermitteln können".

O caso *Paul Dahlke*, por seu turno, refere-se ao uso indevido de fotografias do ator Paul Dahlke em campanhas publicitárias. Os fatos, em breve sinopse, são os seguintes: o autor permitiu que um fotógrafo captasse sua imagem para fins de publicação ulterior, na revista *Film und Funk*, sem que se tenha tratado acerca do emprego das fotografias em campanhas publicitárias. Uma das fotos, na qual Dahlke está montado numa lambreta, foi utilizada no *marketing* do fabricante, juntamente com outras dezoito imagens similares, todas captadas pelo mesmo fotógrafo, nas quais aparecem outras celebridades. Na legenda da foto de Dahlke, lia-se: “homem famoso, em um veículo famoso: o ator Paul Dahlke em uma moto da X” (*„Berühmter Mann auf berühmten Fahrzeug: Schauspieler Paul Dahlke auf einem X-Autoroller“*).

Após divulgação da campanha em vários veículos de mídia impressa, o ator ingressou em juízo, para exigir a reparação dos danos que as condutas do fotógrafo e da fabricante (havia indícios de ser uma prática concertada) lhe causaram. Os réus foram condenados pelo LG, mas lograram êxito em reformar a sentença em sede recursal. O autor, então, apelou ao BGH, que restabeleceu a decisão do LG, ao fundamento de que a divulgação das imagens de Dahlke em campanhas publicitárias não poderia prescindir de seu expresso consentimento, mesmo que o retratado fosse uma espécie de pessoa pública (*eine Person der Zeitgeschichte*). Assim, conquanto o § 23, KunstUrhG, excepcionasse a imagem de pessoas públicas da intransigente proteção ofertada ao retrato, não havia, na divulgação da imagem de Dahlke, qualquer pretensão de atendimento ao interesse social. Via de consequência, o retrato de Dahlke era credor de tutela. A partir desta assunção, a Corte formulou o seguinte raciocínio:

O Direito reconhece que também a violação de direitos de personalidade pode dar ensejo a condenações pecuniárias. No caso, contudo, não há previsão legal específica a permitir a uma reparação em dinheiro (§ 253 BGB; RG 1934, 625). O requisito para a reivindicação do ressarcimento, então, continua a ser uma violação culposa dos direitos da personalidade<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> Tradução livre. No original: “Es ist anerkannten Rechts, daß auch die Verletzung von Persönlichkeitsrechten vermögensrechtliche Ersatzansprüche auslösen kann. Ein Schaden freilich, der nicht Vermögensschaden ist, kann nach geltendem Recht nicht zu einem Geldersatzanspruch führen, weil hier keiner der Fälle vorliegt, in denen das Gesetz den Anspruch eigens darauf erstreckt (§ 253 BGB; RG, GRUR 1934, 625). Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch ist weiterhin eine schuldhafte Verletzung des Persönlichkeitsrechts”.

Assim, uma vez reconhecido o direito à imagem como uma posição jurídica oponível a terceiros (*Ausschließlichkeitsrecht*), e sendo possível vislumbrar uma tal violação à personalidade do autor, no uso não consentido de sua imagem em campanha publicitária realizada pelos réus, o BGH reformou a decisão do OLG, no sentido de restabelecer a condenação constante da decisão da Origem.

Estes três casos, até hoje citados pelo BGH no enfrentamento de contendas acerca de violações ao direito geral de personalidade, são ilustrações muito claras da emersão, pela via do alargamento judicial dos originalmente pequenos espaços de abertura existentes no modelo alemão de responsabilidade extracontratual, de um novo interesse (absoluto) protegido, acerca de cujos contornos contemporâneos o parecer de Fuchs é bastante esclarecedor:

O direito geral de personalidade é hoje uma das mais solidificadas partes do sistema de Direito Privado e é reconhecido como um direito absoluto. Sua base ética remete à acepção de indivíduo como pessoa dotada de incondicional dignidade e cuja existência representa um fim em si mesmo. Assim, os desdobramentos da personalidade humana e os valores por ela irradiados encerram imperativo moral de respeito à esfera pessoal de cada sujeito<sup>125</sup> (2009, p.36).

A exposição, conquanto superficial, de cada decisão se justifica em função da relevância singular que se deu à irradiação dos valores constitucionais sobre o Direito Privado, a suscitar o já referido estabelecimento de um novo norte para o Direito de Danos teutônico, i.e.: a promoção dos direitos fundamentais arrolados pela GG. Particularmente em relação à atuação das Cortes Alemãs nesta seara:

---

<sup>125</sup> Tradução livre. No original: “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist heute gesicherter Bestandteil der Privatrechtsordnung und als absolutes Recht anerkannt. Seine ethische Grundlage ist ein Menschenbild, das den Einzelnen als Person und damit als ein Wesen begreift, dem ein unbedingter Selbstwert zu Eigen ist und dessen Dasein schon für sich genommen einen Zweck darstellt. Dieses Verständnisses Person-Seins führt zu der Forderung, der Person einen selbstbestimmten Bereich eigener Entfaltung zuzugestehen und hieran das für jeder Mann geltende moralische Gebot zu knüpfen, die persönliche Sphäre eines jeden Menschen zu respektieren. Rechtspolitisch wirft das die Frage auf, inwieweit diesem Gebot auch rechtliche Geltung zu verschaffen ist”.

Naquele ano [1954], o BGH, ineditamente, tomou a dianteira no desenvolvimento da responsabilidade extracontratual em sintonia com os direitos fundamentais, ao decidir que 'Desde que a *Grundgesetz* enunciou o direito das pessoas ao respeito a sua dignidade (art. 1, GG) e o direito ao livre desenvolvimento de suas personalidades como particulares, como posições jurídicas tuteláveis na medida em que seu exercício não ofenda a ordem constitucional ou a lei moral (art. 2, GG), o direito geral de personalidade é reconhecido como um direito fundamental a ser assegurado'. Depois, o BVerfG daria o próximo passo, no sentido de reconhecer que violações ao direito geral de personalidade têm o condão de dar ensejo à imputação do dever de reparar a dor e sofrimento delas decorrentes<sup>126</sup> (von BAR, 1995, p.223).

A referida decisão do BVerfG, que viria a tornar vinculante a orientação segundo a qual lesões ao direito geral de personalidade ensejam reparação de dano imaterial, mediante pagamento do chamado *Schmerzensgeld*, diz respeito ao caso *Soraya*. Tratava-se de uma reclamação constitucional maneadada pelo Grupo Editorial Axel-Springer, em face de condenação à reparação de danos imateriais, na importância de 15.000 DM, em benefício da ex-mulher do então xá Iraniano, a Princesa Soraya Esfandiary-Bakhtiary, pela veiculação, na revista *Das Neue Blatt mit Gerichtswochen*, de uma entrevista que jamais ocorreu, vendida à Editora por *freelancer*. A reclamação tinha, como fundamento, uma suposta afronta à separação dos poderes na identificação, pelos Tribunais, da possibilidade de condenação pecuniária à reparação de danos imateriais:

A aplicação do preceito jurídico segundo o qual, em caso de violação do direito geral da personalidade e sob determinados pressupostos, deva ser paga indenização em dinheiro também para danos morais, não estaria fundamentada na ordem constitucional, uma vez que essa regra teria sido construída em violação ao princípio da divisão dos poderes estabelecido pelo Art. 20 II e III GG. As decisões impugnadas estariam intervindo, por isso, na sua liberdade de ação de modo não permitido. O Tribunal Federal concede o *pretium doloris* (reparação de danos morais) *contra legem*, pois essa consequência jurídica não poderia ser deduzida das prescrições do Código Civil, nem direta, nem analogicamente (SCHWABE, 2005, p.867).

---

<sup>126</sup> Tradução livre. No original: "In diesem Jahr [1954] hatte sich der BGH bekanntlich erstmalig auf eine grundrechtsgeleitete Fortbildung des privaten Delikts rechts eingelassen und ausgesprochen, dass „nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art. 1 GG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt“. Das BVerfG sollte das später mittragen und auch den nächsten Schritt des BGH billigen, der das allgemeine Persönlichkeitsrecht alsbald auch mit einem Schmerzensgeld bewehrte".

Os pedidos de Springer foram rechaçados, ao argumento de que a vinculação do juiz à lei, no contexto maior da separação dos poderes na GG, fora textualmente convertido em vinculação *à lei e ao direito* (art. 20, III, GG), de modo que houve um distanciamento do Direito alemão em relação ao positivismo legalista. É dizer:

A fórmula mantém a consciência de que direito e lei, embora geralmente ocorra na prática, não coincidem sempre e necessariamente. O direito não é idêntico ao conjunto das leis escritas. Ao par das normas positivas do poder estatal, pode existir, dadas certas circunstâncias, um plus em Direito, cuja fonte se encontra na ordem jurídica constitucional como uma unidade de sentido e que pode agir como corretivo em face da lei escrita. É tarefa do Judiciário interpretá-lo e concretizá-lo. O juiz não é obrigado pela *Grundgesetz* a aplicar as instruções legislativas ao caso concreto nos limites do significado literal possível. (...) A atividade jurisdicional não consiste somente em reconhecer e pronunciar as decisões do Legislativo. A tarefa do Judiciário pode exigir especialmente que se tragam à luz e que se concretizem nas decisões judiciais ideais axiológicos imanentes à ordem jurídica constitucional, mas que não lograram integrar expressamente, total ou mesmo parcialmente, os textos das leis escritas (SCHWABE, 2005, p.868).

Daí adviria, segundo as razões invocadas pela Corte, uma competência do juiz para o desenvolvimento criativo do direito (*schöpferische rechtsfortbildung*), a qual, já de longa data à época, contava com reconhecimento da literatura jurídica especializada, dos Tribunais Superiores e do próprio legislador, que “expressamente atribuiu aos Grandes Senados dos Tribunais superiores da União a tarefa do ‘desenvolvimento do direito’ (v., p.ex., §137 GVG – *Gerichtsverfassungsgesetz*, Lei de Organização dos Tribunais)” (SCHWABE, 2006, p.869). Assim, seria discutível não a *possibilidade* de criação judicial do direito, mas, apenas, os *limites* juridicamente impostos a esta atuação, os quais, na condenação de Springer ao pagamento de compensação por dano imaterial à Princesa Soraya, teriam sido observados. Com isto, o BVerfG bateu o martelo quanto à reparabilidade de danos imateriais pelo Direito de Danos alemão e, sobretudo, acerca das feições da atividade jurisdicional na lida com questões privadas.

Sem prejuízo da aclamação da larga maioria dos autores especializados, anota-se que, por ocasião da já referida reforma de 2002, o legislador, conquanto tenha consagrado a ampliação de hipóteses de reparação de danos imateriais (cf. WAGNER, 2003, pp.33 e ss), “deixou passar a oportunidade de estabelecer

disposições sobre o chamado ‘direito geral de personalidade’ (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), que havia sido reconhecido desde há muito pelos Tribunais”<sup>127</sup> (MAGNUS, 2003, p.3). É dizer: à parte a ampliação do reconhecimento da reparabilidade do dano imaterial, mediante derrogação do já referido § 847, BGB, e inserção do § 253, II, BGB, a estatuir que o dano não pecuniário é passível de adequada compensação, as situações em que decorrente de ofensa à corporeidade, à saúde, à liberdade e à autodeterminação sexual, tanto na seara contratual quanto extracontratual (cf. MAGNUS, 2003, p.4, e WAGNER, 2003, p.33), nenhuma menção se fez à célebre figura do direito geral de personalidade. Isto não obstante e apesar de algumas vozes isoladas sugerirem que a não contemplação do direito geral de personalidade pela reforma do Direito de Danos teria confirmado o não merecimento de tutela deste interesse jurídico, ele “continua a ser considerado um direito não especificado (*anderes Recht*), contemplado pelo § 823 (1) BGB”<sup>128</sup> (CINNEIDE, HUNTER-HENIN e FEDTKE, 2006, p.563).

### 3.3.5 Demais dispositivos contempladores de interesses protegidos

O Direito de Danos delineado pelo BGB conta, ainda, com outros dois dispositivos referentes à identificação de interesses protegidos e dois enunciados que prescrevem condutas delitivas, as quais, se lesivas, podem ensejar reparação civil. Estes últimos perceptivos, por serem bastante pontuais, dispensam análise verticalizada, ao passo que os dois primeiros, conquanto secundários em relação ao § 823, I, BGB, comportam pequena digressão.

#### 3.3.5.1 Violação a outros interesses legalmente protegidos: § 823, II, BGB

O § 823, II, BGB, mencionado em alguns dos casos analisados acima, consiste em cláusula de abertura que provê pela reparabilidade de danos

---

<sup>127</sup> Tradução livre. No original: “el legislador dejó pasar la oportunidad de establecer disposiciones sobre el llamado ‘derecho general de la personalidad’ (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), que había sido reconocido desde hacía mucho tiempo por los Tribunales”.

<sup>128</sup> Tradução livre. No original: “continues to be regarded as an unspecified right (*anderes Recht*) covered by s. 823 (1) BGB”.

suportados em virtude da infringência culposa de normas protetivas de direitos alheios (*verletzung eines Schutzgesetzes*), a exemplo da proteção penal da pessoa (§§ 223 e seguintes, StGB) e da posse (§ 242 e seguintes, StGB), bem como de normas trabalhistas e comerciais. Isto é: a partir dela, a clausura da responsabilidade extracontratual no BGB cede algum espaço à proteção de outros interesses dignos de tutela jurídica, contanto que textualmente previstos em enunciados normativos positivados, que se prestem a proteger indivíduos ou grupos de indivíduos ao invés do setor público ou da coletividade como um todo (KÖTZ e ZWEIGERT, 1987, p.296).

Neste ponto, a literatura especializada costuma diferenciar duas modalidades de normas protetivas (que remetem, a bem da verdade, a categorias próprias do direito penal): as normas de perigo abstrato (*Abstrakte Gefährdungsnormen*), que estabelecem padrões de comportamento tendentes a afastar o potencial surgimento de situações de risco previstas pelo legislador, e as normas de perigo concreto (*Konkrete Gefährdungsnormen*), que proíbem determinados comportamentos em vista do conhecido risco que geram a determinados bens jurídicos (cf. DEUTSCH e AHRENS, 2009, p.96). Assim, “é importante verificar o modo com que o prejuízo ocorreu (...), porque só será indenizável o dano que resulte de perigo a cujo afastamento ou extinção a norma protetiva se propõe”<sup>129</sup> (KÖTZ e ZWEIGERT, 1987, p.296).

Demais disso, para fins de imputação de responsabilidade com fulcro neste enunciado legal, a demonstração da culpa é imprescindível, mesmo nos casos em que expressamente dispensada pelo texto protetivo tido por violado (cf. FOSTER e SULE, 2010, p.487).

### 3.3.5.2 Ação dolosa e lesiva à moral e aos bons costumes: § 826, BGB

O § 826, BGB, trata da imputação de responsabilidade em função de danos causados como decorrência de violações dolosas à moral e aos bons costumes (*boni mores* ou *guten Sitten*). Este dispositivo, orientado à limitação da

---

<sup>129</sup> Tradução livre. No original: “It is of some importance what form the harm takes (...) form harm is only compensable if it results from the very danger which it was the purpose of the protective statute to diminish or eliminate”.

liberdade civil, “foi elaborado sob o cânone de que haveria uma moral universal a reger a vida em sociedade”<sup>130</sup> (BÜRGEMEIER, 2006, p.351). A precisão de seu conteúdo, no entanto, é bastante dificultosa. Isto sobretudo pelo fato de que o texto em análise não traz qualquer referencial valorativo para fins de identificação do que venha a ser ofensivo ao *boni mores*<sup>131</sup>, pelo que, mais uma vez, coube às Cortes oferecer soluções para o Direito de Danos. Assim:

Após um breve interlúdio durante o regime nazista, quando este dispositivo do Código (como tantos outros) foi pervertido para servir à causa do Nacional Socialismo (cf. RGZ 150, 1, 4), o *boni mores* recebeu uma definição relativamente constante. Assim, ‘o senso de adequação e todos os bons e corretos membros da sociedade’ (BGHZ 17, 327, 332) tem, com frequência, sido citado como a medida a ser utilizada nestes casos<sup>132</sup> (MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.890).

Deste modo, apesar do crescente coro de autores especializados a questionar a pertinência do emprego de modelos de comportamento na contemporaneidade (cf. MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.890), a aplicação deste perceptivo pelos Tribunais se restringe, de um modo geral, às situações em que se possa verificar que o comportamento do ofensor é impróprio a ponto de gerar grande reprovabilidade, segundo os padrões morais da pessoa-média em determinado segmento social (cf. KÖTZ e ZWEIGERT, 1987, p.296). O filtro do elemento subjetivo, no entanto, dá conta de restringir em muito seu escopo de aplicação.

### 3.3.5.3 Outras previsões de delitos civis

---

<sup>130</sup> Tradução livre. No original: “Es wurde Bezug genommen auf einen vorgegebenen Kanon von Normen einer vermeintlich universellen (besitz-)bürgerlichen Moral”.

<sup>131</sup> Sua textualidade se decompõe no delineamento de um elemento subjetivo, certamente mais restrito que o contemplado pelos demais dispositivos analisados – o dolo (Vorsatz) –, e na descrição de um elemento objetivo, decerto ímpar na codificação civil alemã, pois não consistente na enumeração de interesses protegidos nem no remeter à legislação especial.

<sup>132</sup> Tradução livre. No original: “Apart from a brief interlude during the Nazi period, when this provision of the Code (as so many others) was subverted to the cause of National Socialism (cf. RGZ 150, 1, 4), good morals have received a fairly constant definition. Thus ‘the sense of propriety of all good and right-thinking members of society’ (BGHZ 17, 327, 332) has often been quoted as the yardstick to be used in these cases”.



O modelo codificado alemão de reparação de danos conta, ainda, com dispositivos não diretamente voltados à identificação de interesses protegidos, mas ao delineamento de condutas que, se lesivas, podem configurar embasamento para demandas reparatórias. Indiretamente, contudo, tais enunciados normativos acabam por revelar outros interesses protegidos, mas não expressamente constantes do § 823, I. Assim, e muito pontualmente, passa-se à indicação do conteúdo destes perceptivos.

O § 824, BGB, trata da responsabilidade por declarações orais ou escritas que possam pôr em risco o crédito de outra pessoa ou prejudicar seus ganhos e sua prosperidade. Ainda que o dispositivo pareça bastante amplo, a interpretação que lhe dão as Cortes é algo restritiva: somente declarações referentes a uma pessoa certa e determinada podem embasar um pedido de reparação em função de violação ao crédito, à renda ou à prosperidade. Além disso, tem-se que o § 824 se refere a declarações acerca de fatos, não de opiniões e juízos de valor, sendo que a exceção da verdade configura defesa suficiente para isentar o réu de qualquer responsabilidade, conforme decidido pelo BGH (ALEMANHA, 1987). Nesta linha, a ignorância acerca da falsidade da declaração pode afastar uma possível condenação (cf. MARKESINIS e UNBERATH, 2002, p.892).

O emprego de trapaça, ameaça, chantagem ou abuso para fins de realização de ou tolerância a atos libidinosos, segundo o § 825, BGB, obriga à reparação do dano daí resultante. A textualidade deste enunciado foi alterada pela reforma de 2002 para remodelar seu escopo de aplicação e estendê-lo a ambos os sexos: antes, tratava da indução da mulher à coabitação extramarital (cf. DAUNER-LIEB e LANGEN, 2012, p.4641). Sua recorrência na prática judiciária é muitíssimo reduzida, tanto antes quanto depois da reforma, mas esta, certamente, teve o mérito de ampliar, no sentido de tornar ainda mais intransigente, a tutela civil ofertada à autodeterminação sexual da pessoa (MAGNUS, 2003, p.10).

Este é o panorama do modelo alemão codificado de identificação de interesses protegidos. Evidentemente, em homenagem ao recorte aqui promovido, não foram e não serão escrutinados os demais dispositivos referentes à responsabilidade extracontratual, como os bastante controversos enunciados que tratam da responsabilidade por atos de terceiros, dos pais pelos

atos dos filhos, de agentes públicos por atos praticados em desvio de função; da culpa<sup>133</sup>; do nexo de causalidade; e outros temas relevantes para o Direito de Danos, mas não diretamente ligados à identificação mesma dos interesses protegidos, para fins de triagem dos danos reparáveis. Também a legislação especial, que contempla outros interesses protegidos e mecanismos reparatórios, transcende o escopo do trabalho, pelo que não foi e não será pormenorizadamente analisada. Diante destes apontamentos, é possível vislumbrar os lindes da segurança jurídica no seio do modelo alemão codificado de reparação de danos, sobretudo em sua feição extracontratual.

### 3.4 A ATUAÇÃO E A (RE)CONSTRUÇÃO DO MODELO ALEMÃO: DO TÔNICO AO ATONAL

A proposta do legislador codicista privado alemão, de arrolamento de interesses protegidos em abstrato, com alguns temperos oferecidos pelas cláusulas de abertura da parte final do § 823, I, e § 826, BGB, foi afinada no diapasão da acepção textual-formalista de segurança jurídica. Isto é: mira à provisão de *certeza* acerca da oferta de tutela reparatória aos interesses textualmente arrolados pelo Código ou por outros diplomas protetivos (§§ 823, I e II, BGB) e a outros interesses violados por ação dolosa e contrária aos *boni mores* (§ 826, BGB). Consequentemente, remete o juízo de reparação a um procedimento mecanizado, cuja tônica é a subsunção de fatos lesivos às normas estampadas na textualidade do Código. Em analogia com a música, pode-se dizer que, desde o prisma da segurança jurídica era um modelo tonal, triádico e reconduzível a uma determinada tonalidade preponderante: a do texto legal<sup>134</sup>, a franquear pouco espaço à atuação progressiva da jurisdição. Deste modo:

---

<sup>133</sup> Cuja tradicional primazia no BGB pode induzir o pesquisador em erro, vez que, com a reforma de 2002, houve significativo aumento das hipóteses de responsabilidade objetiva (cf. MAGNUS, 2003, p.6).

<sup>134</sup> O dogma de que Direito e lei coincidem (e de que fora da lei não há Direito) é tributário do “positivismo clássico, ao qual, hoje, já nem mais os neopositivistas prestam homenagens, ainda que pudesse parecer a forma perfeita de garantir segurança jurídica” (ARNDT, 1963, p.1273). Tradução livre. No original: “Dieser klassische Positivismus, dem heute auch die nicht mehr huldigen, die sich zu einer neopositivistischen Grundhaltung bekennen, schien in vollendeter Weise Rechtssicherheit zu verbürgen”.

Quando as regras de responsabilidade extracontratual do Código alemão estavam em processo de elaboração, não havia consenso ou decisão definitiva quanto à adoção de modelo casuista ou de tipos especiais de responsabilidade delitual herdados do Direito Romano, ou do acompanhamento do exemplo francês, no sentido de incluir, no Código, uma regra-geral de responsabilidade por danos causados pela conduta antijurídica e negligente de alguém. Ao final, a maioria concluiu que a solução francesa seria demasiadamente pródiga na outorga de poderes aos magistrados, o que se considerou inconsistente com 'a concepção dominante entre o povo alemão acerca da posição do juiz'<sup>135</sup> (KÖTZ, 1987, p.9).

As radicais mudanças sociais, políticas e econômicas suportadas pela Alemanha ao longo do conturbado século XX, contudo, conduziram à progressiva outorga de novas funções e de uma nova métrica à expressão de segurança pelo Direito de Danos alemão, de modo que já não mais se pode falar na centralidade tonal dos textos normativos (*rectius*: da lei). Isto porque, já nos primeiros anos de vigência do BGB, começou-se a perceber que as crescentes demandas reparatorias da sociedade industrial em breve tornariam o Código velho e exigiriam sua revisão pela legislatura, em contrariedade evidente à diretriz de *resiliência* que timbra o movimento codificador germânico (AJANI, 2011, p.352). De mais a mais, constatou-se a insuficiência da técnica da subsunção para resolução dos novos e ebulientes problemas a arrostar a Ordem Jurídica:

É preciso, então, prosseguir à clássica indagação acerca da aplicação do direito: se a resolução de um caso concreto pode se dar pela via da subsunção dos fatos à lei. Apenas uma minoria entende que sim. Subsunção é o silogismo lógico, no qual uma norma jurídica abstrata figura como premissa maior, enquanto as circunstâncias de fato subjacentes a determinado caso concreto contam como premissa menor. A orientação dominante na literatura jursprivatista alemã contemporânea sugere que não se pode resolver a quase totalidade dos casos pela via da subsunção<sup>136</sup> (FIKENTSCHER, 1984, p.11).

---

<sup>135</sup> Tradução livre. No original: "When the tort rules of the German Civil Code were being drafted it was a long time before a decision could be reached on whether to adopt the casuistry or the special types of delictual liability inherited from Roman law or rather follow the French example and include in the Code a general rule imposing liability in damages whenever harm was unlawfully caused by somebody's negligent conduct. In the end, the majority concluded that the French solution would give German judges a discretion believed to be inconsistent with the 'dominant conception among German people regarding the position of the judge'".

<sup>136</sup> Tradução livre. No original: "Man muß zunächst die 'klassische', die Rechtsanwendungsfrage stellen, ob die Entscheidung eines Rechtsfalles durch Subsumtion unter das Gesetz zu lösen ist. Nur noch eine Minderheit vertritt dies. Subsumption ist der logische Syllogismus, in dem die abstrakte Rechtsnorm den Obersatz (die praemissa maior), der behauptete und im Streitfalle bewiesene konkrete Sachverhalt den Untersatz (die praemissa minor) bildet. Die in der heutigen

O resultado do enfeixamento desta orientação teórica com as pungentes exigências da realidade cotidiana, como se viu, foi o reconhecimento, ainda em 1904, do direito a um empreendimento funcional e operante – que pouco tem de análogo a vida, corpo e saúde, liberdade e propriedade – como um dos *outros direitos* contemplados pelo § 823, I, BGB. E, o que é mais relevante: a inserção deste interesse sob o albergue tutelar da responsabilidade extracontratual no Código Civil alemão não se deu via atuação do legislador. Bem ao contrário, e a despeito da força ostentada pela acepção continental da separação de poderes, operou-se por intermédio da prática judiciária. As Cortes, portanto, moldaram-lhe as feições e lhe consagraram como um interesse credor de tutela reparatória. Ao fazê-lo, impulsionaram os debates acerca do papel da jurisdição no desenvolvimento do direito, já de há muito incipientes, conforme o testemunho de Fischer: “Esta é uma velha questão que repetidamente tem dado origem a discussões e disputas, mesmo logo após a abrangente codificação de nosso Direito Privado, na virada do século”<sup>137</sup> (1971, p.5).

Da mesma forma, a promulgação da Constituição de Bonn após a queda do nacional-socialismo e a restauração da matriz democrática da organização política teutônica, agora com fortíssima tônica na dignidade imanente ao ser humano (e não tanto na coletividade, como na Constituição de Weimar), inaugurou, na seara do direito interno positivo, a já referida *Nova Era* da plurissecular trajetória do Estado Moderno Europeu: implantou-se, na Alemanha, sob influxo da Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, o modelo de Estado Constitucional. Com isso, abriram-se as portas para uma judicatura de perfil cada vez mais criativo em relação aos textos entalhados nas tábuas até então sagradas da legislação. E nem poderia ser diferente, posto ser, este, um reclamo imediato e intransigente da supremacia constitucional, a qual configura, no então ascendente constitucionalismo democrático, uma nova resposta ao

---

deutschen Privatrechtswissenschaft ganz überwiegende Meinung betont, daß man mit bloßer Subsumtion unter das Gesetz die allermeisten Fälle nicht lösen kann“.

<sup>137</sup> Tradução livre. No original: “Hierbei handelt es sich um ein altes Thema, das immer wieder Anlass zu Erörterungen und Auseinandersetzungen gegeben hat und das selbst nach der umfassenden Kodifikation unseres Privatrechts um die Wende des Jahrhunderts schon bald wieder aufgegriffen worden war”.

problema da calibragem das tensões entre *voluntas* e *ratio*, posto a desnudo pela mazela dos totalitarismos (cf. COSTA, 2006, pp.175-184).

Esta ordem de acontecimentos, portanto, encorajou a tomada, pela Jurisdição, de posição vanguardista na construção e atuação do ordenamento jurídico como um todo, e, particularmente, do *Direito de Danos* (cf. DIEDRICH, 2004, pp.309-322). Assim é que não só se avançou na precisão do sentido e alcance de cada enunciação de interesse protegido, como também – e principalmente –, inseriu-se, à luz da principiologia axiológica de índole constitucional, um novo feixe de posições jurídicas merecedoras de tutela reparatória: o direito geral de personalidade (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*). Isto, evidentemente, sem embargo da verdadeira ginástica hermenêutica realizada pelas Cortes de Vértice alemãs para travestir sua salutar atuação criativa de simples reconhecimento, a partir da interpretação de textos normativos, da eficácia apenas indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Começa-se a falar, destarte, em desenvolvimento judicial do direito (*richterlicher Rechtsfortblindung*) e em Direito Judicial (*Richterrecht*), em oposição à então alardeada coincidência entre lei e direito, própria do domínio do Direito legislado (*Gesetzesrecht*), a pretexto da reconhecida criatividade não suprimível da função interperatativa:

A lei sozinha nunca será suficiente; é ‘apenas um juiz responsável, capaz de intervir com suas próprias e fundadas avaliações, é capaz de fornecer, às partes, o direito que elas verdadeiramente procuram’. O caráter conscientemente criativo-valorativo (e, portanto, produtor de um direito novo) da interpretação judicial precisa, portanto, ser reconhecido, mesmo porque a aplicação da lei é atualização de uma norma em referência a um caso concreto, pelo que há uma escolha da norma a ser aplicada, ou seja, a avaliação feita ao subsumir sempre contém um ato que vai muito além de uma simples atividade mental de caráter mecânico. Mesmo a simples interpretação teórica de uma regra é, na maioria dos casos, um aperfeiçoamento do direito (*Rechtsfortbildung, Rechtsschöpfung*)<sup>138</sup> (ORRÚ, 1983, p.13).

---

<sup>138</sup> Tradução livre. No original: “La legge da sola non può mai bastare, e ‘solo un giudice responsabile, capace cioè di intervenire con proprie fondate valutazioni, è ingrado di assicurare alle parti il diritto che esse veramente cercano’. Il carattere consapevolmente creativo-valorativo (e dunque produttivo di diritto nuovo) dell’interpretazione giudiziale va perciò riconosciuto in ogni caso, perché l’applicazione del diritto è l’attualizzazione di una norma in riferimento ad un caso concreto, e sia la scelta della norma da applicare, sia la valutazione del fatto da sussumere nel modello legale contengono sempre un atto che va ben al di là di una più e semplice attività mentale di carattere meccanico. Anche la semplice interpretazione teorica di una norma rappresenta, nella maggioranza dei casi, un perfezionamento ulteriore del diritto (*Rechtsfortbildung, Rechtsschöpfung*)”.

O alcance desta conclusão, a partir do encadeamento das premissas arroladas nas seções precedentes, representa uma resposta provisória para o problema do esgotamento da rigidez do modelo alemão codificado de responsabilidade extracontratual. Inaugura, contudo, um novo patamar de problemas respeitantes à segurança jurídica, os quais se enfeixam na dúvida pertinente ao mecanismo estabilizador que permite, ao sistema ductilizado pela sísifíca atuação da literatura e dos Tribunais, reduzir o *delta* de imprevisibilidade a patamares condizentes com a segurança jurídica substancial. Isto é: mais que reconhecer a inclusão de determinados interesses originalmente não protegidos pelo BGB no rol de posições jurídicas credoras de tutela reparatória (e.g.: direitos moldura – *Rahmenrechte* – e gravidez indesejada) e a exclusão de outras posições deste escopo protetivo (e.g.: a generalidade dos danos morais e dos danos puramente econômicos), a percepção das feições da segurança jurídica no contemporâneo Direito de Danos alemão não prescinde da identificação de mecanismos estabilizadores que permitam alcançar cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade do direito. Em outras palavras: é preciso investigar os mecanismos asseguradores da realização de segurança jurídica em sentido substancial, no contexto atônico, variável e complexo, do Estado Constitucional.

### 3.4.1 Autoridade do Direito Judicial: “você gostava de mim, não adianta negar”

A literatura jurídica alemã, sobretudo em sua expressão manualística, é preñhe de afirmações categóricas no sentido de que não há mais que duas fontes oficiais<sup>139</sup> do direito alemão, i.e.: a lei e o costume – ainda que alguns

---

<sup>139</sup> A noção de *fonte do Direito*, cindida entre expressões material e formal, é sabido, finca raízes em expressões tendencialmente superadas do positivismo jurídico (quer do normativismo Kelseniano, quer do realismo estadunidense), pelo que, em rigor, parece mais adequado pensar as fontes do Direito a partir das razões empregadas na justificação de certas interpretações, e não tanto das causas da atividade interpretativa (cf. BUSTAMANTE, 2013, pp.310-311). Assim, a análise do Direito Judicial a partir da noção de fontes formais, bastante difundida na literatura jurídica alemã, trai os avanços que a própria comunidade jurídica tedesca imprimiu na Teoria do Direito, ao questionar a pertinência das matrizes positivistas de análise do fenômeno jurídico. Esta ressalva é importante, pois permite a mitigação de resistências ao reconhecimento do Direito Judicial – *rectius*, das razões de decidir invocadas pelas Cortes para a resolução de casos

acrescentem, a esta díade, a *Lex Mercatoria* (cf. DIEDRICH, 2004, pp.28-32). Isto não obstante e já há muito, reconhece-se que estas fontes não têm condições de oferecer as ferramentas necessárias para arrostar os diversos problemas que diuturnamente eclodem no tráfego jurídico contemporâneo. Assim, “quando defrontados com lacunas no direito, os Tribunais devem tentar preenche-las, mas é enfaticamente negado pela maioria dos autores que os Tribunais, ao preencherem determinadas lacunas, criam novas regras jurídicas”<sup>140</sup> (LIPSTEIN, 1946, p.35) – e isto se torna ainda mais evidente nos casos de exercício das funções concretizadora (*Gesetzkonkretisierendes Richterrecht*) e corretora ou integrativa (*Gesetzkorrigierendes* ou *Gesetzvertretendes Richterrecht*) da jurisdição, no sentido, respectivamente, de outorga de sentido a cláusulas gerais e outros enunciados normativos, à luz de circunstâncias concretas, bem como de controles de constitucionalidade ou convencionalidade (cf. DIEDRICH, 2004, pp.35-37).

Apesar desta vetusta tendência à timidez na abordagem do Direito Judicial à luz da ideia de fonte do Direito (já algo ultrapassada), as mudanças implementadas no BGB ao longo do tempo – elas mesmas indispensáveis para que o Código não ficasse velho – colaboraram para a subversão desta orientação tradicional. Assim, não obstante a regra-geral Continental-Europeia de que o precedente não ostenta força vinculante, seu contraponto infiltra mesmo a espacialidade do Código Civil (cf. GERMANN, 1960, p.11) grande parte dos mais destacados autores alemães enfatiza a indispensabilidade do *case law* para a compreensão do Direito de Danos – mas não exclusivamente dele, por evidente. Daí as recorrentes advertências, já textualmente referidas, de que o BGB se envolve em grossas camadas de *case law* (ZIMMERMANN, 1996, p.16), bem como de que o Direito de Danos teria se transformado em uma verdadeira catedral do Direito Judicial (KÖTZ e WAGNER, 2013, p.v).

Assim, em que pese a grande resistência da comunidade jurídica alemã ao reconhecimento de que a atividade jurisdicional tem caráter criativo e, portanto, oxigena o ordenamento jurídico ao oferecer soluções para casos

---

concretos, dentro dos limites de suas atribuições e da unidade do ordenamento – como uma vera e própria fonte do Direito alemão.

<sup>140</sup> Tradução livre. No original: “When confronted with gaps in the law, the courts must attempt to fill them, but it is emphatically denied by the overwhelming majority of writers that the courts, in supplementing apparent gaps, create new rules of law”.

concretos – a qual alguns atribuem à ainda latente influência desempenhada pela Escola Histórica<sup>141</sup> –, está-se a avançar na percepção de que as relações entre Legislação e Jurisdição enfrentam, de fato, mudanças qualitativas em virtude do estabelecimento do modelo de Estado Constitucional (cf. HILGRUBER, 1996, pp.122-124). Destarte (mas não sem muita controvérsia), o caráter jurígeno da atividade jurisdicional começou a ganhar aceitação (cf. BYDLINSKI, 2000, pp.3-9), mesmo porque:

se o legislador não tiver tomado nenhuma decisão definitiva [em relação à promoção de determinado preceito constitucional], por não ter identificado a problemática ou mesmo por não tê-la querido regulamentar, o juiz estará legitimado, em conformidade com o artigo 20, inciso III, da LF, a arbitrar o conflito pela via do livre desenvolvimento judicial do direito (NEUNER, 2008, p.97).

Neste giro e num primeiro momento, o respeito à leitura continental da separação dos poderes impeliu a literatura a tratar da autoridade do acúmulo de decisões judiciais pretéritas e uniformes (*Gerichtspraxis*) como uma espécie de *costume* (*Gewohnheitsrecht*), e não, propriamente, de jurisprudência ou de um conjunto de precedentes:

As considerações traçadas a este respeito, por um lado, visam a demonstrar a legitimidade do Direito Judicial, com auxílio da vetusta categoria do direito consuetudinário. Por outro lado, as críticas direcionadas ao Direito Judicial se fundam, primeiro e acima de tudo, na medida das atribuições do Poder Judiciário à luz do princípio da Separação dos Poderes, bem como em uma distinção sistemática entre as tarefas do legislador e do juiz, para, então, demonstrar a inconstitucionalidade da incursão da jurisdição nas tarefas da legislação e vice-versa<sup>142</sup> (FISCHER, 1971, p.6).

---

<sup>141</sup> A explicação, em rigor, faz bastante sentido: “Com o advento da Escola Histórica do Direito, a importância do direito consuetudinário aumentou muito. Savigny e seus asseclas o colocavam em primeiro lugar porque, em suas opiniões, o costume refletia a ‘convicção (ou a consciência) do povo alemão’, em medida muito superior que o direito legislado” (LIPSTEIN, 1946, p.40). Tradução livre. No original: “With the advent of the historical school legal theory attached increasing importance to customary law. Savigny and his followers gave first place to customary law for the reason that, since in their view all law was based upon the ‘conviction (or consciousness) of the people’, customary rather than statutory law represented the best expression of this conviction”.

<sup>142</sup> Tradução livre. No original: “Die Erwägungen, die in dieser Hinsicht angestellt werden, bemühen sich einerseits, die Legitimation zur Setzung von sog. Richterrecht mit Hilfe der alten Kategorie des Gewohnheitsrechts darzulegen. Andererseits werden die kritischen Äußerungen gegenüber dem sog. Richterrecht in erster Linie auf den Grundsatz der Gewaltenteilung und auch eine systematische Abgrenzung zwischen den Aufgaben des Gesetzgebers und den Aufgaben der Rechtsprechung begründet und von hier aus der Versuch unternommen, ein Übergreifen der Rechtsprechung in die Aufgaben des Gesetzgebers und den Aufgaben der Rechtsprechung verfassungswidrig darzutun“.



A propósito, Larenz esclarece, eloquentemente, que: “Uma ‘jurisprudência constante’, que corresponda a uma convicção jurídica geral e que seja praticamente inquestionada, pode alcançar o grau de validade do direito consuetudinário” (1997, p.505).

Segundo esta corrente, o Direito Judicial não seria mais que uma fonte de reconhecimento do direito (*Rechtserkenntnisquelle*), desprovida, portanto, de autoridade ou vinculatividade, “exceto quanto aos fundamentos normativos invocados pelo magistrado em sua decisão, à luz do ordenamento jurídico”<sup>143</sup> (BYDLINSKI, 2000, p.4). Mais precisamente:

Na interpretação de resoluções judiciais trata-se de reconstituir o processo de raciocínio do Tribunal e de pôr a claro o alcance das ideias expressas, de as delimitar mais claramente, e também de separar os fundamentos que estão na base da resolução daquilo que é só ‘adorno decorativo’. Diferentemente do que ocorre com a lei, à concepção jurídica do Tribunal, expressa no fundamento da resolução, não cabe qualquer validade normativa imediata. Por isso, a meta da interpretação de uma resolução judicial não pode ser a averiguação de um sentido juridicamente determinante, tal como é a meta da interpretação de uma lei (LARENZ, 1997, p.506).

Não obstante a autoridade que lhe empresta o parecer de Larenz, o ensacamento do Direito Judicial sob o rótulo do direito consuetudinário é, crescentemente, tido por descompassado com a realidade, pois “o papel que elas [as Cortes] desempenham é evidentemente, muito maior do que o permitido pela tradicional teoria do direito, mesmo como intérpretes e desenvolvedores do direito”<sup>144</sup> (FOSTER e SULE, p.6), de modo que cresce o reconhecimento de que a judicatura tem forte componente criativo, restando, para discussão, a medida de seus limites (cf. LARENZ, 1997, pp.520-521; e ARNDT, 1963, p.1273). Destarte, esta tradução do problema em linguagem palatável às diretrizes do modelo de Estado de Direito há muito perdeu sua razão de ser, de modo que, hoje, no seio do modelo de Estado Constitucional, o falar, no âmbito das Cortes de Vértice, em uma espécie de autoridade (no mínimo persuasiva) das decisões

---

<sup>143</sup> Tradução livre. No original: “sondern nur das Gewicht seiner Begründung aus der dem Richter vorfindlichen Rechtsordnung”.

<sup>144</sup> Tradução livre. No original: “This view (...) is increasingly regarded as an unrealistic view and that the role they do play is clearly far greater than legal theory permits and is quite extensive as interpreters and developers of the law”.

pretéritas<sup>145</sup>, adquire plausibilidade e aceitação. Passa-se a admitir que os precedentes (em sentido amplo) têm importância distinta no contexto do Direito alemão: “eles constituem uma fonte independente do direito, ainda que sua força seja derrotável”<sup>146</sup> (ZIMMERMANN e JANSEN, 1988, p.311). Assim:

Espera-se que cortes de vértice nos principais países de Civil Law, como a *Cour de Cassation* francesa e o *Bundesgerichtshof* (BGH) alemão, sigam, no mínimo, suas decisões reiteradas (*jurisprudence constant; ständige Rechtsprechung*), a menos que estejam persuadidas da necessidade de que a necessidade de mudança se sobrepõe ao de resto decisivo valor da consistência e da previsibilidade. Neste nível, a diferença entre Civil Law e Common Law parece ser mínima (pelo menos desde o *Practice Statement* da House of Lords, datado de 1966). Há (novamente) um *consuetudo iudicandi*, mas tal qual compreendi pelas Cúrias já no século catorze, *Rota quandoque rotat* (é preciso ter mais que uma decisão para que um precedente ganhe visibilidade na França e na Alemanha, mas este fator não parece de grande significância à luz do volume de decisões de Cortes Supremas nas jurisdições de Common Law)<sup>147</sup> (BAADE, 2002, p.5).

Vale dizer: a noção de Direito Judicial (*Richterrecht*) não se confunde com a de Direito consuetudinário (*Gewohnheitsrecht*) e, segundo Baade, nem faria sentido discutir a fundo sua qualificação à luz de categorias consagradas na tradição continental, pois: “A questão decisiva, ao final, na França ou na Alemanha é o grau de estabilidade que o precedente haure de uma linha de decisões acerca de determinadas questões”<sup>148</sup> (BAADE, 2002, p.6) – nesta singra, há interessantes estudos acerca da natureza e da quantidade das

---

<sup>145</sup> É de se anotar, a propósito, que mesmo antes do advento da *Grundgesetz*, já havia quem falasse no reconhecimento de uma espécie mitigada de *doctrine of precedent* em solo alemão, ao menos no sentido da existência de precedentes *de fato*. Cf. LIPSTEIN, D. K. The doctrine of precedent in Continental Law with special reference to French and German Law. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, v.28, n. 2/4, PP.34-44, 1946.

<sup>146</sup> Tradução livre. No original: “They constitute an independent source of law, albeit one of only ‘outweighable force’”.

<sup>147</sup> Tradução livre. No original: “Courts of last resort in leading civil-law countries, such as the *Cour de Cassation* in France and the *Bundesgerichtshof* (BGH) in Germany, can be expected to follow at least their reiterated case law (*jurisprudence constant; ständige Rechtsprechung*) unless they are persuaded that the need for change outweighs the otherwise decisive value of consistency and predictability. At that level, the difference between the civil law and the common law (at least since the 1966 *Practice Statement* of the House of Lords into line) seems to be minimal. There is (once again) a *consuetudo iudicandi*, but as the Curial proctors already knew in the fourteenth century, *Rota quandoque rotat* (It takes more than one decision to set precedent for all to see in France and Germany, but in view of the decisional output of the courts of last resort of these two countries as compared to the caseload of supreme judiciaries in common-law jurisdictions, this is hardly a significant factor)”.

<sup>148</sup> Tradução livre. No original: “The decisive question at any given time in France or Germany is the degree of stability of precedent set by a line of decisions on the question at hand”.

referências a elementos externos de autoridade (inclusive e principalmente decisões anteriores) no âmbito de atuação de determinadas Cortes Alemãs, os quais confirmam a autonomia do conjunto de decisões judiciais pretéritas como fonte do Direito (v. WAGNER-DÖBLER, 1995, pp.119-120), haja vista o caráter criativo da interpretação-aplicação do direito, sobretudo em matéria de reparação de danos, por sua sabida proximidade à vida cotidiana, conforme tangenciado acima. E este acelerado e progressivo reconhecimento, já de algum tempo, infiltra até o hermetismo da educação jurídica alemã (à qual se costuma atribuir o apego à Lei e, salutarmente, à literatura jurídica):

De uma ou outra maneira, professores tentavam, em meados do século passado, captar a atenção de seu público. Isto é coisa do passado. Os horizontes da jurisdição se expandiram tanto que, cada vez mais, os exemplos imaginários, próprios do fantasioso mundo dos contos de fadas, perde espaço para julgamentos concretos. Isto sem falar, é claro, nas áreas do direito em que não se pode ingressar sem o conhecimento de decisões judiciais<sup>149</sup> (HELDRIK, 2000, p.498).

Esta tendência ganhou força com a popularização dos meios de acesso à informação, sobretudo após a adesão das Cortes de Vértice Alemãs e das revistas de jurisprudência à prática de disponibilização de decisões na rede mundial de computadores – a final, “um precedente desconhecido é um precedente que inexiste”<sup>150</sup> (BEL, 1985, p.37). Assim, todo e qualquer estudioso pode ter acesso às razões determinantes de decisões neste ou naquele sentido. A consequência natural desta ordem de acontecimentos é a crescente inclusão, em comentários e obras jurídicas em geral, de numerosas referências à casuística (HELDRIK, 2000, p.499), de modo que o Direito Judicial rouba a cena do Direito legislado e assume papel de destaque, sem, contudo, anular a valia daquele para a promoção de segurança jurídica. O ressurgimento do Direito Judicial<sup>151</sup>, então, nos esquadros das viragens que integram a travessia do

---

<sup>149</sup> Tradução livre. No original: “Auf solche oder ähnliche Weise versuchten Professoren noch um die Mitte des vorigen Jahrhunderts die Aufmerksamkeit ihrer Zuhörer zu gewinnen. Damit ist es längst vorbei. An die Stelle der erdachten Beispiele aus der Märchenwelt ist inzwischen mehr und mehr das Anschauungsmaterial aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung getreten. Dies hat natürlich vor allem damit zu tun, dass manche Rechtsgebiete ohne die grundlegenden Entscheidungen des BGH überhaupt nicht mehr erschlossen werden können”.

<sup>150</sup> Tradução livre. No original: “Le précédent qui n’est pas connu n’existe pas”.

<sup>151</sup> Diz-se *ressurgimento* porque a conformação histórica do Direito alemão conheceu, em variados contextos, a força do precedente judicial (cf. DIEDRIK, 2004, pp.38-80, ZIMMERMANN e JANSEN, 1988, pp.311-312 e BAADE, 2002, pp.3 e ss).

moderno ao contemporâneo, do Estado de Direito ao Estado Constitucional, permite a inauguração de um novo patamar de problemas, com significância extraordinária para a compreensão da segurança jurídica na contemporaneidade:

Quem toma a sério a criação judicial do direito, porque a lei em si nem sempre basta, coloca-se diante do fenômeno jurídico do precedente judicial e da questão acerca de seu significado metodológico. (...). Não são poucos os autores que se preocupam com os cânones tradicionais de interpretação e com o problema da concretização também da 'jurisprudência', de modo a examinar se é possível reconhecê-la como uma fonte do Direito e, em caso afirmativo, como ela interagiria com as regras de direito<sup>152</sup> (FIKENTSCHER, 1984, p.13).

Esta preocupação, a denunciar uma tendência de superação da tradicional abordagem *learning from the past*<sup>153</sup>, ecoa de maneira muito mais dilatada em outros setores da literatura, que, em pleno contexto alemão, chegam

---

<sup>152</sup> Tradução livre. No original: "Wer Rechtsgewinnung (Rechtsbildung, Rechtsfindung) für erforderlich hält, weil das Gesetz als solches nicht reicht, steht stets vor dem rechtstatsächlichen Phänomen des Präzedenzfalles und der Frage seiner rechtsmethodologischen Bedeutung. (...). Nicht wenige Autoren werden sich unter verhältnismäßig knapper Auseinandersetzung mit den Kanonfragen und mit dem Problem der Konkretisierung sogleich dem ‚Richterrecht‘ zu, in erster Linie um zu untersuchen, ob es als Rechtsquelle Anerkennung finden kann und wenn ja, wie es sich dann zu Gesetzesrecht verhält“.

<sup>153</sup> Trata-se do reconhecimento de autoridade persuasiva a um conjunto de decisões reiteradas de determinado Tribunal acerca de certa matéria (cf. CIVITARESE, 2015, p.175-176), a conversar mais com a noção de jurisprudência que de precedente. Estes, aliás, longe de serem sinônimos, distinguem-se em caráter: (i) quantitativo – precedente respeita a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto jurisprudência refere a uma pluralidade deles (um conjunto de subconjuntos ou grupos). Nos sistemas amparados no precedente, a decisão que assume este caráter é uma; poucas vêm citadas em apoio do precedente. Nos sistemas em que há jurisprudência, se faz referência a várias decisões pretéritas, o que gera dificuldades quanto à identificação da decisão verdadeiramente relevante ou quanto à quantidade de decisões necessárias para que se possa dizer que há jurisprudência sobre certo tema; (ii) qualitativo – precedente fornece regra universalizável que pode ser depois aplicada como critério de decisão ou de analogia entre os fatos do primeiro e do segundo caso. "É, então, o juiz do caso sucessivo que estabelece a existência ou inexistência de precedente e que, portanto e por assim dizer, cria o precedente" (TARUFFO, 2014, p.5). Tradução livre. No original: "É dunque il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi – per cosidire – "crea" il precedente", a partir de raciocínio calcado nos fatos. Jurisprudência carece de análise comparativa dos fatos, na maioria dos casos, vez que se resume a enunciados sintéticos com pretensão de generalidade, aos moldes das regras jurídicas em geral. "De regra, os textos constitutivos da jurisprudência não contemplam os fatos aos quais se referem as decisões. Por isso, a aplicação da fórmula a uma decisão anterior não se funda sobre analogia entre os fatos, mas sobre a subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral" (TARUFFO, 2014, p.5). Tradução livre. No original: "[D]i regola i testiche costituiscono mostra giurisprudenza non includono i fatti che sono stati oggetto di decisione, sicché l'applicazione della regola formulata in una decisione precedente non si fonda sull'analogia dei fatti, ma sulla sussunzione della *fattispecie* successiva in una regola generale".

a cogitar a possibilidade de construção de uma doutrina do precedente, literalmente no sentido anglo-americano. Assim:

A importância central da jurisprudência do BGH para o ensino jurídico, a ciência jurídica e a prática jurídica, diz com a pergunta acerca do ingresso da Alemanha em uma doutrina do precedente judicial à moda anglo-americana. Sua característica principal é a vinculação dos Tribunais inferiores à fundamentação de decisões anteriores dos Tribunais superiores, observada a indispensável semelhança entre os fatos subjacentes a cada caso. As cortes de vértice podem desviar de seus precedentes mediante o assim chamado *overruling* e, deste modo, criar uma nova regra de direito. Mas a recorrência desta prática é pouco expressiva<sup>154</sup> (HELDRIICH, 2000, p.499).

Talvez não seja o caso de ir tão longe, a final, à parte o particular histórico do Direito alemão, a força vinculante das decisões pretéritas do BVerfG é fruto de uma disposição legal – não de uma construção judicial, como a doutrina do precedente no contexto bretão<sup>155</sup> – e, tanto esta quanto a autoridade *de jure* das decisões do BVerfG e *de facto* das decisões do BGH, remetem àquilo que se convencionou chamar de *precedente interpretativo*, em oposição ao *precedente integrativo* anglo-americano<sup>156</sup> (BUSTAMANTE, 2012, p.313).

---

<sup>154</sup> Tradução livre. No original: “Die zentrale Bedeutung der Judikatur des BGH für Rechtsunterricht, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis legt die Frage nahe, wie weit wir eigentlich in Deutschland noch von einem Präjudizienrecht angloamerikanischer Prägung entfernt sind. Dessen wesentliches Kennzeichen ist die Bindung der unteren Gerichte an die tragenden Grundsätze früherer Entscheidungen der Obergerichte. Die Bindungswirkung eines so genannten ‚precedent‘ beschränkt sich allerdings auf tatbestandsmäßig vergleichbare Fälle. Das jeweils höchste Gericht kann von einem von ihm selbst geschaffenen Präjudiz durch so genanntes *overruling* abweichen und dadurch neues Recht schöpfen. Von dieser Möglichkeit wird aber nur zurückhaltend Gebrauch gemacht“.

<sup>155</sup> Esta é considerada uma das mais significativas diferenças entre a dinâmica do precedente judicial nos contextos Europeu-Continental e Anglo-Americano: “a fundação mesma da doutrina do precedente na Inglaterra tem base em decisões judiciais, o que contrasta com a Europa continental, na qual o precedente costuma derivar de prescrição legal” (CIVITARESE, 2015, p.178). Tradução livre. No original: “the very foundation of the doctrine of precedent in England is based on a rule of practice, contrasted by continental Europe in which precedent is often derived from a statutory provision”.

<sup>156</sup> “[P]odemos dizer que nos sistemas de *civil law* há mais espaço para a *criação material (de normas) no caso concreto por meio da especificação de regras jurídicas preexistentes*, ao passo que no *common law* há uma maior frequência de *criação de regras particulares no caso concreto devido à não-existência de regras preestabelecidas (lacuna)*” (BUSTAMANTE, 2012, p.313). Isto em que pese a tendencial fluidificação deste marco divisório, “seja por força da inserção de princípios no ápice da estrutura dos sistemas jurídicos de *civil law* ou da ‘constitucionalização do *common law*’ através dos tratados internacionais que estabelecem normas gerais para os Estados-membros (como se dá no Direito da Comunidade Europeia). Ademais, em qualquer dos dois procedimentos hermenêuticos (construção de precedentes *interpretativos* ou *integrativos*) há discricionariedade judicial e os mecanismos que a teoria da razão prática estabelece para justificar as decisões (como as regras de universalizabilidade, imparcialidade, justificabilidade etc.) são basicamente os mesmos” (BUSTAMANTE, 2012, p.313).

Destarte, sem penetrar, em definitivo, na seara do Processo Civil e com algumas ressalvas quanto à expressão *fonte do Direito*, parece seguro afirmar, conclusivamente, que nada há de excepcional e problemático no desenvolvimento e na criação judicial do Direito pelas Cortes em sua atuação cotidiana – e não apenas nos espaços abertos pelas cláusulas gerais, conquanto estes sejam, por excelência, seus campos de desabrochamento<sup>157</sup>. A criação judicial do Direito, portanto, é uma realidade e, vista na moldura do Estado Constitucional, mostra-se inevitável à controlabilidade da construção e da atuação do Direito Civil, especialmente na seara da reparação de danos.

---

<sup>157</sup> Esta conclusão é suportada por Zimmermann e Jansen, que explicam, após destrinchar sete julgados paradigmáticos do BGH, que estes são “exemplos de um fenômeno que já foi (mas não mais é) tido como extremamente excepcional e problemático em um sistema jurídico dominado por um código: as Cortes desenvolvem o Direito em variados aspectos e de modos igualmente plúrimos e numerosos. Às vezes elas introduzem regras totalmente novas. Isto pode surpreender tanto as partes interessadas como a comunidade jurídica em sentido amplo: uma surpresa que é particularmente compreensível, pois as próprias Cortes anteriormente expunham posicionamento diferente. Deve ser anotado que o Direito Judicial não apenas surge sob os auspícios de cláusulas gerais, como os §§ 138 I, 242, 826 BGB, ou § 9 da lei sobre contratos de adesão. Há todo um número de conceitos indeterminados e de cláusulas (como o ‘ou outro direito’, do § 823 I BGB) que precisam ser interpretados. Mas mesmo onde o Código contém termos supostamente específicos, como ‘compensação por inadimplemento’, ‘descumprimento ilegal’ ou ‘dano à propriedade’, as Cortes introduziram distinções sutis que deram ensejo ao surgimento de novos bolsões de *case law*” (1992, p.297). Tradução livre. No original: “These seven case studies, of course, are merely examples of a phenomenon that was once (but is no longer) regarded as highly exceptional and problematic in a legal system dominated by a code: the courts develop the law in countless respects, in manifold ways and by a great number of different means. Sometimes they introduce entirely new legal rules. This can come as a surprise both to the parties concerned and to the legal community at large: a surprise that is particularly understandable where the courts themselves have previously espoused a different view. It should be noted that judge-made law does not only flourish under the auspices of general clauses such as §§ 138 I, 242, 826 BGB or § 9 of the Standard Terms Act. There are a number of open-ended concepts and clauses (such as ‘or any other right’ in § 823 I BGB) that have to be interpreted. But even where the Code contains supposedly specific terms like ‘compensation for non-performance’, ‘unlawful (infringement)’, or ‘damage to property’, the courts have introduced subtle distinctions which have given rise to new pockets of case law”.

## 4 O MODELO BRASILEIRO

O desenho da reparação de danos no Código Civil brasileiro de 2002 é tributário de uma série de mudanças ao longo do tempo havidas na percepção dos civilistas, dos operadores do Direito em geral e da própria comunidade de destinatários das normativas privadas acerca do tripé fundante do Direito Civil – sobretudo ao tráfego jurídico –, bem assim de aspectos genéricos do fenômeno jurídico em sentido amplo. Tais modificações se fizeram sentir, inclusive, no âmbito do Direito positivo, na medida em que não só emergiram uma renovada Constituição e variadas normativas setoriais, como também um novo Código Civil, que trouxe consigo uma reconsideração mesmo da ideia de Código. Tudo isto é reflexo do transcurso de um século XX quicá tão conturbado quanto o experimentado pela Alemanha, no qual o Brasil suportou duas longas autocracias e profundas polarizações sociais, além de graves crises econômicas e políticas.

A apreciação do contemporâneo modelo brasileiro de reparação de danos, então e em função da abordagem comparada que se propõe, não prescinde de enquadramento escalonado, mediante o destrinchar: (i) de aspectos relevantes da conformação do atual estado do Direito Civil brasileiro; (ii) do abrangente fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e suas consequências para identificação de interesses protegidos e reparação de danos; e (iii) de lineamentos do modelo brasileiro de organização judiciária e do estilo judicial que nele impera. A exemplo do que se propôs ao analisar o modelo alemão, outros elementos caros a estudos comparados acerca da reparação de danos, como a difusão de mecanismos de seguro e as diretrizes norteadoras do juízo de reparação<sup>158</sup>, são deixados de lado em função do recorte promovido por este trabalho, cingido à identificação do dano, não ao *modus operandi* da reparação ou à quantificação de prejuízos.

---

<sup>158</sup> O impacto do mercado de seguros no âmbito da reparação de danos no Brasil é tema ainda pouco estudado, salvo em caráter prospectivo. A propósito deste tema e dos chamados filtros do juízo de reparação, v. SCHREIBER, A. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

## 4.1 O CONTEXTO DO CONTEXTO

### 4.1.1 Antecedentes do vigente Código Civil

O Direito Civil brasileiro, em pouco mais de um século, esteve sob regência de três diplomas normativos substancialmente diversos: entre 1900 e 1917 (a rigor, desde 1603), vigoraram as Ordenações Filipinas e suas leis complementares; entre 1917 e 2002, o moderno Código Civil de 1916; e, enfim, a partir de janeiro de 2003, o vigente Código Civil – sem embargo da sucessão, também, de nada menos que sete diferentes Constituições<sup>159</sup>. O esboço de um histórico de todas estas normativas, dada sua inata complexidade, em muito extrapola as pretensões deste estudo<sup>160</sup>. Assim, e em caráter meramente operativo, no sentido de permissivo do delineamento do contexto no qual se insere o modelo brasileiro codificado de reparação civil, propõe-se breve apreciação apenas de relevantes aspectos antecedentes e consequentes ao Código de 2002.

A vigente codificação civil brasileira, que entrou em vigor à época do auge dos debates acerca da descodificação<sup>161</sup> (cf. TEPEDINO, 2004, pp.8-9), foi precedida de longo e complexo tramite no Congresso Nacional, conforme testemunho de Reale:

Como se sabe, o novo Código Civil teve uma longa tramitação no Congresso Nacional, pois foi no longínquo ano de 1975 que o Presidente Costa e Silva submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 634-D, com base em trabalho elaborado por uma Comissão de sete membros, da qual tive a honra de ser Coordenador Geral. Coube-me a missão inicial de estabelecer a estrutura básica do Projeto, com uma Parte Geral e cinco Partes Especiais, convidando para cada uma delas o jurista que me pareceu

---

<sup>159</sup> Isto é: a Constituição Imperial, de 1824; a Constituição da República, de 1891; a Constituição de 1934; a Carta de 1937; a Constituição de 1946; a Carta de 1967 (e a Emenda Constitucional nº 1/1969); e a Constituição de 1988.

<sup>160</sup> Seja, contudo, facultado remeter a FONSECA, R. M. A modernização frustrada: a questão da codificação civil no Brasil do Século XIX. In: BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e LEITE RIBEIRO, G. P. (Coords). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

<sup>161</sup> Neste quesito, é curioso o relato de Venosa, consignado em apresentação de obra comemorativa ao aniversário de dez anos do Código de 2002: “Quando uma lei é promulgada, da mais simples à mais complexa, há sempre um período de certa perplexidade no qual a doutrina e a jurisprudência procuram apontar os melhores caminhos a serem trilhados na sua interpretação. Imagine-se então a complexidade e a dimensão dos estudos que acarreta a publicação de um Código Civil, em pleno século XXI, quando as codificações desse nível se acham em pleno declínio por uma série de circunstâncias” (2013, p.xii).



mais adequado, tendo todos em comum as mesmas ideias gerais sobre as diretrizes a serem seguidas.

(...)

Se considerarmos que, depois, houve a apreciação de mais de mil emendas na Câmara dos Deputados, e demais de quatrocentas no Senado Federal, com novo retorno à Câmara dos Deputados, para novos estudos e discussões, pode-se proclamar o caráter coletivo que veio assumindo o Projeto, não se perdendo, ao longo de mais de três décadas, oportunidade alguma para atualizá-lo, em razão de fatos e valores supervenientes, como se deu, cor exemplo, com as profundas alterações que a Constituição de 1988 introduziu (2003, p.38).

Não obstante a complexidade relatada como inerente ao processo legislativo, a principal diretriz norteadora dos trabalhos da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, “na esperança de ser aproveitada a maior parte do Código Civil de 1916”, foi “A preservação o Código [então] vigente sempre que possível não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu” (REALE, 2003, p.39). É dizer: conquanto renovada a sistemática codificada, inclusive mediante emprego de técnicas legislativas avançadas, e algumas alterações substanciais, mirou-se à consolidação legislativa daquilo que, por atuação prospectiva da literatura e dos Tribunais, construiu-se sobre as bases do Código de 1916. Isto desde o prisma estrutural<sup>162</sup>. Sob perspectiva metodológica, diferentemente, houve virada bastante sensível, a qual se deve à reflexão crítica a que se submetia o legado jurídico da modernidade (do qual o Código de 1916 é destacado<sup>163</sup> exemplo)<sup>164</sup>, já à época da promulgação do Código de 2002. Assim:

---

<sup>162</sup> “O Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, mantém a estrutura e a redação do Código Civil de 1916, atualizando-o com novas figuras e institutos, e redistribuindo a matéria de acordo com a moderna sistemática civil, seguindo o critério do legislador de preservar, sempre que possível, as disposições desse Código, tendo em vista o que ele representa como patrimônio histórico-doutrinário” (AMARAL NETO, 2008, p.169).

<sup>163</sup> A propósito, registra Couto e Silva: “Se examinarmos os institutos básicos do Código Civil brasileiro de 1916, veremos que ele é um dos melhores Códigos do século XIX, ainda quando publicado no século XX” (1988, p.170).

<sup>164</sup> “O Código de 1916 seguiu, como não podia deixar de ser, o paradigma da modernidade, marcado pela racionalização do pensamento e da cultura e, principalmente, pela influência dos postulados do Estado de Direito, ou Estado liberal, que se caracterizavam pela crença no primado da lei, no sentido de ser esta a fonte suprema do direito; no monismo jurídico, que credenciava o Estado como a fonte única de produção jurídica; na divisão dos poderes em legislativo, judiciário e executivo, conforme as distintas funções de criação, a aplicação e execução das leis; na clara separação entre as esferas do público e do privado, ou seja, entre o Estado e a sociedade civil. E ainda, a crença na abstração e na generalidade das regras jurídicas; na figura abstrata do sujeito de direito; na segurança jurídica como valor fundamental, de que eram naturais consectários a ordem, a estabilidade e a certeza na realização do direito; no formalismo jurídico, que identificava o direito com a justiça; na adoção da idéia de sistema, com

Se é verdade que o Código Civil de 1916 é um código do positivismo, fiel ao modelo jurídico da modernidade, e com as características desse modelo, não é menos verdade que o Código Civil de 2002, embora mantendo, em suas linhas básicas, a estrutura do Código de Beviláqua, à qual se incorporou a experiência jurídica brasileira das últimas décadas, a ele se contrapõe em aspectos fundamentais, não só na sua forma como no seu espírito e, conseqüentemente, na sua interpretação. Isso porque o contexto político e cultural em que o novo Código se gestou, é completamente diverso do existente à época do debate e aprovação do projeto Beviláqua (AMARAL NETO, 2008-a, p.109).

É dizer: de um lado, intentou-se conservar a contribuição do Código de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua, que sucedeu a Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo e Felício dos Santos<sup>165</sup> no intento de moldar um diploma civil compreensivo das demandas da crescente e ainda predominantemente agrária sociedade brasileira da transição dos séculos XIX e XX, sob marcante influência do modelo alemão<sup>166</sup> (cf. CIENFUEGOS, 2013, pp.156-157). De outro, contudo, até pelos influxos (então tímidos – cf. TEPEDINO, 2004, p.1) da progressiva instalação do modelo de Estado Constitucional, foram consagradas mudanças fundamentais, “não só na sua forma como no seu espírito e, conseqüentemente, na sua interpretação, porque o contexto político e cultural em que o novo Código se gestou, é completamente diverso do existente à época do debate e aprovação do projeto Beviláqua” (AMARAL NETO, 2008-a, p.109). Estas mudanças deram,

---

a sua consequente unidade e completude, o que contribuiu para a elaboração dos códigos e das constituições; na centralidade do Código Civil no quadro das fontes normativas e, principalmente, tendo em vista o objetivo deste trabalho, na redução do processo interpretativo à mera exegese das textos legais” (AMARAL NETO, 2008-a, p.104).

<sup>165</sup> Conquanto seja usual fazer-se referência ao Código Civil de 1916 como *Código Beviláqua*, é de se notar que a contribuição de Teixeira de Freitas e dos demais civilistas temporariamente encarregados de progredir na elaboração de um modelo de Código foi decisiva para a consumação da primeira codificação civil brasileira. A final, como é de sabença, “Não se tendo aprovado nenhum desses projetos, em janeiro de 1889 o Ministro da Justiça Epiácio Pessoa convida Clóvis Beviláqua, eminente professor da Faculdade de Direito do Recife, para prosseguir no trabalho de codificação, aproveitando, no que fosse possível e não contrariando as suas próprias ideias, os trabalhos dos juristas precedentes” (AMARAL NETO, 2008, p.164).

<sup>166</sup> A maior fidelidade da comunidade jurídica brasileira à cultura jurídica alemã, em contraste com a influência desempenhada pela cultura francesa sobre outros setores das Humanidades no Brasil de então, além de causar estranheza aos historiadores, é considerada um importante fator para o não advento de uma codificação civil brasileira ainda no século XIX: “Um segundo fator importante foi o fato de que o incipiente direito letrado brasileiro da segunda metade do século XIX, malgrado não tivesse sido inlenso a influências francesas, sofreu muito mais o impacto da cultura alemã. Esse fato não deixa de ser até certo ponto curioso, uma vez que em outros âmbitos culturais que não o jurídico (como, por exemplo, o filosófico) a influência francesa – e sobretudo do positivismo de Comte – mostrou-se predominante no Brasil. De fato, a assim chamada ‘Escola do Recife’ (...) tinha franca orientação cultural alemã” (FONSECA, 2013, p.28).

à Codificação, feições contemporâneas, timbradas pela abertura<sup>167</sup>, em contraste ao hermetismo caro à perspectiva normativista que presidiu a composição do diploma anterior<sup>168</sup>:

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais (MARTINS-COSTA, 1999, p.6).

Assim, após ampla revisão do Projeto à luz da Constituição de 1988, sob olhares esperançosos de parte da comunidade jurídica e desconfiados de outra igualmente significativa parcela sua, o texto do Novo Código foi aprovado pelo Senado em 1997 e pela Câmara dos Deputados em janeiro de 2002, tendo entrado em vigor ao dia onze de janeiro de 2003.

#### 4.1.2 Consequentes da entrada em vigor do Código Civil de 2002

As particularidades da gênese e da configuração dos Códigos de 1916 e de 2002 faz com que se diga, com argúcia, que o Direito brasileiro conheceu:

duas codificações, paradoxalmente, dentro e fora do seu próprio tempo. (...) O Código de 1916 é produto do século XIX, ainda que tenha entrado em vigor logo ao fim dos três primeiros lustros do século XX.

---

<sup>167</sup> Assim: “Há que assinalar, ainda, o enriquecimento de sua estrutura com a inserção de novos princípios (...), cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que tornam o seu sistema aberto e flexível, tudo isso a exige maior preparação do intérprete e maior poder do juiz no processo metodológico de realização das normas do código” (AMARAL NETO, 2008, p.170).

<sup>168</sup> O tempo desta afinação do Código de 2002 no diapasão da contemporânea perspectiva constitucional, contudo, é disputado na literatura. Enquanto Amaral, por exemplo, saúda a nova Codificação como um sinal de ruptura com a tônica moderna do Código de 1916, Fachin vê continuidade no ideário presidente de ambos os diplomas, malgrado a transição. Daí afirmar que “são codificações outonais do ideário postado no envelope do positivismo científico que caracterizou, no Direito, o que se denominou de Modernidade (não sem controvérsia) para fins de enfeixar, historicamente, no pensamento ocidental legatário das formulações da Europa ocidental e da família jurídica romano-germânica, uma proposição de código e de completude do sistema jurídico” (FACHIN, 2015, p.46).

O Código Civil de 2002 é produto do pensamento jurídico sistematizado na década de 70 de um Brasil que restou sepultado, em boa parte, pela Constituição de 1988; entra em vigor ao começo deste século com desafios redobrados, após longo embalo no berço legislativo (FACHIN, 2015, pp.44-45).

Este amplamente reconhecido aspecto retrógrado do Código de 2002, preservado nas duras críticas que se lhe dirigiram apesar da mencionada revisão do Projeto à luz da normativa constitucional de 1988, tornou-o objeto de agudos questionamentos. A hostilidade inerente a esta abordagem, contudo, foi paulatinamente abortada, com o fito de aproveitar ao máximo um reconhecido momento de construção interpretativa, de (re)construção de sentidos, sobretudo a partir das avançadas técnicas legislativas empregadas em sua redação – as quais, sumariamente apreciadas nesta seção, recebem mais aprofundada leitura na parte seguinte, dedicada à constitucionalização do Direito Civil.

Assim é que, em momento histórico muito diverso daquele que marcou a travessia do Direito para os Códigos no contexto moderno (i.e.: no alvorecer da contemporaneidade), afirma-se um Código diferente, em meio a titubeios quanto a sua matéria-prima, dos quais é sinal, como já indicado, a inauguração do ápice das cláusulas gerais no Direito Privado brasileiro, inclusive em dimensão deontica, as quais se reputam ínsitas sobretudo ao tráfego jurídico e, portanto, carregam-se de normatividade. A tessitura aberta, assim, consagra a frincha do sistema, a tornar, o Código, um conjunto de *inputs* e *outputs* entre Direito e realidade social:

As cláusulas gerais, mais do que um ‘caso’ da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concertos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo* (MARTINS-COSTA, 1999, pp.6-7).

O sistema, portanto, não se fecha à força construtiva dos fatos sociais: o Código, ao contabilizar *inputs* e *outputs*, escapa da lógica do Direito moderno. Com isto, já permite o vislumbrar da problematização acerca da acepção

substancial de segurança jurídica, pois: “Deixa-se para trás o dogma da identidade do Direito-Lei, adequado ao sistema fechado, para um regime em que é preciso buscar, para cada caso, uma solução que lhe seja adequada” (AGUIAR JUNIOR, 2000, p.7). As oscilações próprias da pluralidade que pulula na complexidade da vida cotidiana, pois, influem na Codificação desde dentro. E este diálogo com a diversidade faz problematizarem-se as relações intrassistemáticas.

Vale dizer, então: os próprios Códigos, neste novo momento codificador, assumem-se como dotados de incompletudes; prenes de certos vazios de sentido, a reclamar adequada colmatação. Os desafios do mundo em mudanças constantes, irradiador de questões fugidias, impactam fortemente no modo de ver e perceber a vida. Nesta ordem de ideias, o desafio que arrostando o Legislador e que, hoje, põe-se à comunidade jurídica, é ter um código que não se submeta nem à inércia legislativa, nem à hipertrofia, mas que tenha seu significado preservado e mantidas as possibilidades de regulação das relações jurídicas interprivadas, sem desatentar das tensões hauridas da sociedade. A final, as sociedades contemporâneas não podem prescindir dos Códigos Civis.

Assim, o aproveitamento, pela literatura especializada, dos espaços de abertura instaurados pelo próprio Código “representa a superação do positivismo dominante, e contribui para significativa virada metodológica no campo da interpretação jurídica, passando-se do ‘paradigma da aplicação’ para o ‘paradigma da construção jurisprudencial’” (AMARAL NETO, 2008-a, p.101). Isto por que, no bojo de um corpo normativo povoado por enunciações de ordem principiológica, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, “interpretar não é apenas compreender um direito pressuposto como objeto, mas sim elaborar soluções decisórias para casos jurídicos concretos, com eventual suporte em princípios jurídicos, cujo primado aumenta a importância do raciocínio jurídico e de sua revisão”<sup>169</sup> (AMARAL NETO, 2008-a, p.110). É dizer: sob os auspícios da diretriz de flexibilidade que teria animado a elaboração do Código de 2002 mediante amplo emprego de enunciados com baixa densidade

---

<sup>169</sup> No mesmo sentido, afirmava Aguiar Junior, antes mesmo da entrada em vigor do Código de 2002: “A cláusula geral, portanto, exige do juiz uma atuação especial, e através dela é que se atribui uma mobilidade ao sistema, mobilidade que será externa, na medida em que se utiliza de conceitos além do sistema, e interna, quando desloca regramentos criados especificamente para um caso e os traslada para outras situações” (2000, p.9).

normativa, os aplicadores do Direito abandonam a postura passiva que os esquadros do Código de 1916 lhes exigiam, para arrostar mudanças nas demandas sociais a partir da *força criativa da hermenêutica* (cf. SCHMIDT, 2009, p.390).

Trata-se, portanto e paradoxalmente, de um Código verdadeiramente dentro e fora de seu tempo, a conjugar ânimos conservadores e progressistas, permissivo do reconhecimento de que “a presença de um Código, ainda que seja o triunfo pragmático de um projeto de asas fabricadas para voar mais ventos soprados do pretérito, não é, nem tem sido, por si só barreira à reconstrução de significados” (FACHIN, 2015, p.47), por obra hermenêutica. Com isso:

verifica-se (...) uma verdadeira mudança da perspectiva tradicional, que partia do sistema jurídico, por meio do raciocínio de subsunção, para o problema a resolver ou a própria dedução a construir. Dada a existência, no novo Código Civil brasileiro, de princípios e cláusulas gerais que, por sua própria natureza, não dispõem da estrutura típica das regras jurídicas (hipótese de aplicação e dispositivo), torna-se necessário outro raciocínio jurídico que não o tradicional lógico-dedutivo, próprio do formalismo positivista da racionalidade moderna (AMARAL NETO, 2008-a, p.115).

Nesta esteira, ao contrário da orientação prevalente no bojo do modelo dito tradicional, “considera-se a interpretação jurídica como operação intelectual única e integral. Não mais a interpretação da lei, mas sim um ato de realização do direito, reconhecendo-se que a interpretação jurídica é essencialmente a compreensão do critério normativo da concreta solução do problema” (AMARAL NETO, 2008-a, pp.115-116). A postura da comunidade jurídica em relação à figura do Código, então e apesar de algumas sabidas dissonâncias, faz com que ela se encaixe no contexto maior do Estado Constitucional, e honra, a sua maneira, as viragens que caracterizam sua progressiva instalação<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> A constatação desta mudança de perspectiva é assim arrematada por Amaral Neto: “Obtém-se, com isso, uma gradativa passagem do normativismo-legalista da modernidade, cujas principais coordenadas eram a norma jurídica como o ponto de partida, a concepção do direito como um sistema de normas e o pensamento jurídico como intencionalmente referido a normas, com o objetivo de sua aplicação (paradigma da aplicação), tendencialmente dedutiva desse mesmo sistema, para uma perspectiva capaz de recuperar o sentido próprio do direito, o direito como *iuris-prudentia*, por isso mesmo chamado jurisprudencialismo, cujas coordenadas seriam o caso, o problema, como ponto de partida e os princípios axiológico-normativos como fundamento, e o pensamento jurídico como pensamento judicativo-decisório” (AMARAL NETO, 2008-a, p.117).

Isto sem embargo da monumental estrutura normativa do Código de 2002, que conta com mais de dois mil artigos, divididos em cinco livros – além de uma Parte Geral e de um Livro Complementar, com disposições finais e transitórias – que acusam, de maneira muito transparente, a forte influência germânica, herdada do velho Código de 1916. Esta projeção da classificação teutônica sobre a vigente Codificação brasileira, contudo, muito pouco lembra o rigor técnico que marcava sua predecessora – o que se deve não só ao delongado trâmite do Projeto nas Casas Legislativas, que fizeram a versão final vir a lume já como uma verdadeira colcha de retalhos<sup>171</sup>, como também às sucessivas reformas (não raro salutares) que lhe foram impostas por contingências diversas, ao longo de seus primeiros dez anos de vigência<sup>172</sup>.

Destarte, em meio a sístoles e diástoles determinantes de um pendular entre inércias do legislador em diversas matérias (veja-se, por exemplo, o reconhecimento do *status* de entidade familiar às uniões homoafetivas) e momentos de verdadeira hemorragia legislativa (de que são insignes ilustrações o próprio Código Civil de 2002 e o Novo Código de Processo Civil), a comunidade jurídica brasileira arrosta, sob a égide da Constituição Republicana, o desafio de preservar um quê de tónus à legislação, sobretudo ao Código Civil, de modo a resguardar-lhe sua indispensável autoridade. Esta equalização do desafio posto aos estudiosos e operadores do Direito à banda constitucional marca o arraigado fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, que traz consigo a exigência de um novo olhar para a segurança jurídica, cujos contornos no âmbito da reparação de danos constituem o cerne deste estudo.

---

<sup>171</sup> Relata-se que, em função transformações havidas no cenário jurídico brasileiro entre 1975 (ano em que encaminhada a Mensagem Preferencial nº 160, que originou o Projeto de Lei 634, o qual viria a se tornar o Novo Código Civil, firmada pelo Presidente Ernesto Geisel, ao Congresso Nacional) e 2002 (quando, enfim, foi sancionada a Lei 10.406), “emendas foram apresentadas para garantir a indispensável adequação do texto do projeto de lei, sem o que o texto incorreria em inconstitucionalidades, conflitos de lei, anacronismos e evidente desatualização, por causa da legislação aprovada durante a tramitação do projeto de lei” (PASSOS e OLIVEIRA LIMA, 2012, p.XXIX) – a exemplo não só da Constituição de 1988, como também do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>172</sup> Cite-se, ilustrativamente, o recente Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que determinou ampla revisão da sistemática da capacidade civil.

#### 4.1.3 Constitucionalização do Direito

A Constituição Federal de 1988, herdeira do chamado segundo constitucionalismo havido após a derrocada das Potências do Eixo na Segunda Grande Guerra, é símbolo da festejada vitória da democracia sobre o Governo Militar e do começo da concretização formal e material do Estado Constitucional em solo brasileiro. Isto não obstante a existência de marcas sinalizadoras de um vero pacto de continuidade entre o que restou do inverno ditatorial e o reflorescer da democracia.

Sem embargo desta oportuna ressalva e da importância, apesar dela, do advento da Constituição de 1988 para consolidação de um modelo constitucional adequado às transformações havidas na transição entre os modelos de Estado de Direito e Estado Constitucional, não se pode vislumbrar, nela, o começo da história constitucional brasileira. Constituição (e história constitucional) havia, inclusive em contornos democráticos e prestigiadores da soberania popular, a exemplo da Constituição de 1946. Mas faltavam as marcas do Estado Constitucional, com as quatro viragens características, esmiuçadas nas seções precedentes, sobretudo no que diz com a releitura das relações entre Jurisdição e Legislação e com a atuação, pela primeira, da função de guarda da Constituição<sup>173</sup>, igualmente referidas anteriormente (cf., a propósito, BRANDÃO, 2012, pp.51-65).

A inauguração formal e substancial do modelo de Estado Constitucional no Brasil teve, como inevitável desdobramento no Direito Civil – usualmente tomado como *Direito Privado por excelência*, pois consubstanciado na icônica figura da *constituição do homem comum*<sup>174</sup> –, um abalo estrutural: rui a acepção

---

<sup>173</sup> O controle de constitucionalidade, no entanto e como é sabido, não constitui inovação no contexto constitucional brasileiro: "Da Constituição de 1891 à Constituição de 1988 passou o controle difuso de constitucionalidade sem qualquer interrupção, juntando-se a esse, com a Constituição de 1946, o controle concentrado de constitucionalidade" (MITIDIERO, 2007, p.25).

<sup>174</sup> "O Direito Civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. A partir do constitucionalismo moderno, nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum" (LÔBO, 2013, p.35). No mesmo sentido, após elencar, ilustrativamente, as matérias disciplinadas pelo Código Civil, diz Bydliński (1994, p.321): "O Direito Privado é um ramo do Direito que regula as atividades normais das pessoas entre si, não qualificadas por especiais funções estatais" (tradução livre. No original: "Das Privatrecht ist jenes Recht, das sich an die 'normalen', nicht durch Staatsfunktionen qualifizierten Personen für ihre Beziehungen untereinander richtet").



do Código como sistema e base de sustentação do ordenamento destinado à tutela dos interesses individuais<sup>175</sup>. Perfaz-se a mudança do Código para a Constituição, de modo que então se questiona, vigorosamente, a persistência da tradicional dualidade (público-privado) do ordenamento<sup>176</sup>, ancorada na problemática<sup>177</sup> asserção de que a Constituição consiste em um apanhado de normas de Direito Público que se infiltraria no Direito Privado.

O estopim desta reestruturação, operada a partir da fundação de um novo Direito Civil, articulado em “espaço privilegiado para a proteção da pessoa” (CORTIANO JUNIOR, 2006, p.102), no qual se valoriza menos a estrutura que a função<sup>178</sup>, foi captada pela literatura especializada e causa, ainda hoje, alvoroço em teóricos de diversas escolas. É o que demonstra o eloquente exemplo da crítica que Rodrigues Junior dirige ao chamado Direito Civil Contemporâneo, no sentido de que o estatuto epistemológico do Direito Privado

---

<sup>175</sup> Assim: “Hoje reconhece-se a contradição existente em reputar as codificações civis como leis fundamentais da sociedade civil, em oposição ao Estado, pela admissão de que seria absurdo pretender obter proteção do Estado, sem querer submeter-se aos parâmetros de convivência pelo mesmo estabelecidos em razão do interesse público” (RAMOS, 1998, p.8).

<sup>176</sup> E.g.: “O Século XX, ao lado de ter proporcionado um ritmo de evolução tecnológica à convivência humana sem precedentes, promoveu também uma indiscutível subversão cultural, destruindo e abalando valores que até então sustentaram, ética e juridicamente, a civilização cristã ocidental. (...) Com técnicas de direito público, de acendrado teor socializante, sempre mais e mais, se coarctou a liberdade individual, sem embargo de o Estado ocidental atual se declarar fundado na livre iniciativa individual. (...) E cada vez mais se exige que o direito se faça presente com força cogente e inarredável, a tal ponto que, em nome do gigante aterrador do social e do coletivo, nem mais se consegue separar o direito público do privado” (THEODORO JUNIOR, 2006, pp.15-16).

<sup>177</sup> Não se trata, rigorosamente, de um erro, mas de uma dissonância própria da afinação do Direito Civil no diapasão constitucional. Exemplo de sua ocorrência em texto paradigmático é constatável em Giorgiani: “Dos dois aspectos descritos do esquema oitocentista, ou mais propriamente setecentista, do Direito Privado, nada restou. O aspecto, digamos assim, ‘constitucional’ do Direito Privado pertence hoje, sem qualquer contraste ao Direito Público, ao mais público – se se pode dizer – dos direitos, ou seja, o Direito Constitucional, e é consignado às ‘constituições’ dos Estados modernos. (...) Em relação ao segundo aspecto, as ‘transformações’ da sociedade e da vida econômica provocaram (...) um progressivo aviltamento do indivíduo, também no campo do ‘Direito Privado’, que antes era o seu domínio incontrastado” (GIORGIANI, 1998, p.43). A persistência deste perfil de crítica ao fenômeno da Constitucionalização peca por assumir que a clivagem, preservada em sua precisão conceitual, fosse degenerada pela atividade erosiva da comunidade jurídica, ao invés de (i) consistir em critério sistematizador *a posteriori* e (ii) estar, ela mesma, abalada pelos influxos da travessia do Estado de Direito para o Estado Constitucional.

<sup>178</sup> “Do Direito Civil aos direitos civis fundamentais, a estrutura cede passo à função. O estatuto jurídico do patrimônio redimensiona-se, sem perder a essência, embora ontologicamente se reinsira com outra terra na Constituição” (FACHIN, 2015, p.95). Ainda: “A função corresponde aos interesses de um certo instituto pretende tutelar, e é, na verdade, o seu elemento de maior importância, já que determina, em última análise, os traços fundamentais da estrutura” (SCHREIBER, 2013, pp.245-246).

não se coadunaria coma transposição de elementos de Direito Público, porque desnecessária e imprópria, conforme excerto:

Na raiz de todos os problemas acima descritos, está essa distorção, que, a cada dia, com o silêncio de muitos civilistas, faz com que o Direito Privado assuma culpas históricas que não lhe pertencem e adote métodos e princípios que não se coadunam com seus fins (...). Não se desconhece a incompetência do Direito Privado (e de seus estudiosos) em compreender as transformações sociais e não oferecer mecanismos de adaptação aos novos tempos, por meio de novos institutos jurídico-privados. (...) Não se ignora que as relações no mundo privado são marcadas, em diversos casos, pela assimetria entre as partes (...). A posição aqui sustentada diz respeito a problemas de caráter epistemológico, de falta de rigor e de coerência no desempenho do papel (essencial) dos doutrinadores e na renúncia às soluções dos problemas jurídicos com base em respostas que o Direito Privado pode e tem condições de oferecer (RODRIGUES JUNIOR, 2011, pp.64-66).

Vale dizer: o *voltar-se à Constituição*, proposto pela literatura comprometida com a realização de um Direito Civil-Constitucional, seria, no parecer do autor, em grande medida dispensável. Isto porque o Direito Privado, ancorado na tradição, contaria com instrumentos bastantes ao enfrentamento de problemas contemporâneos inseridos em sua vetusta espacialidade.

A mesma crítica, embora algo abrandada, é formulada por Albuquerque, para quem a consolidação do Estado Social (e de seu particular modelo Constitucional) teria implicado a ruína da codificação e a consequente ascensão da normatividade pública sobre o domínio privado. Deste modo: “A supremacia do direito público, assim, foi o corolário da nova ordem ideológica. Nesta linha, a Constituição que, num primeiro momento, era totalmente desvinculada do Código, passou a enfraquece-lo” (ALBUQUERQUE, 2002, p.76). Diante disso, do reconhecimento de que inexistem modelos de Código e Constituição satisfatórios e de que o modelo de Estado Social apresenta fraturas indicativas de sua superação, sugere-se, na linha traçada pela seção precedente, que:

a sobrevivência do código passa pela adoção de mecanismos flexíveis, de fácil adaptação às novas realidades constantemente surgidas (...) Exige-se, então, a construção de um sistema aberto, em que o papel do juiz ganhe força renovada (...). Não se poderá, contudo, perder de vista a realidade contemporânea. Estamos hoje num momento posterior ao Estado Social, no qual o individual torna a ganhar vigor, em detrimento do público (...). [U]m código flexível, informado pelas diretrizes constitucionais, capaz de dar fluidez necessária aos regramentos da Lei Fundamental, permite não somente a

sobrevivência desses estatutos como também a superação definitiva do antagonismo histórico que marcou a sua relação com a Constituição (ALBUQUERQUE, 2002, p.83).

A deferência à autoridade da normativa constitucional sobre o Direito Privado e a sua utilidade – especialmente na progressiva outorga de sentido às cláusulas gerais – é, certamente, um avanço em relação à circunscrição ao Código e à significação tradicional dos institutos de Direito Civil. De igual modo, a enunciação de que o contemporâneo Direito brasileiro reclama por um Código simpático à força jurígena dos fatos e, portanto, aberto, com *inputs* e *outputs* a realidade por si conformada e que, reciprocamente, lhe conforma.

Mas isto não basta. Falta o reconhecimento de que constitucionalização e publicização são figuras ontologicamente distintas, conforme diferenciação promovida por alguns dos mais ilustres adeptos da primeira. Assim, por exemplo: “a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos” (LÔBO, 1999, p.101).

Deste modo, ao contrário do que sugerem os adversários da fantasmagórica publicização do Direito Privado, está-se diante não de um ataque à imponência do Direito Civil (cujo jaez clássico não mais corresponde à realidade que tem por referência), mas da adaptação do Direito às sensíveis transformações sociais ocorridas ao longo do século XX (cf. ALDAZ, 1991, p.133, e BYDLINSKI, 1994, p.350). A inserção da dicotomia em questão no renovado contexto constitucional-democrático chama atenção ao fato de que “a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado” (TEPEDINO, 2004, p.19). Destarte:

[N]o governo jurídico das relações interprivadas são inegáveis dois caminhos, um, por paradoxal que pareça, do Código (texto) ao Código (norma), e outro, dos Códigos para as Constituições.

O primeiro corresponde ao reconhecimento da ausência de um absoluto sentido *a priori* que emerge dos significantes que compõem as normas codificadas; há ductibilidades, fronteiras e lacunas a arrostar. Logo, o Código *se faz*, não nasce feito. Esse percurso é uma projeção do sentido constituinte do Direito Civil estribado na ordem constitucional axiológica dos princípios e regras vinculantes.

O segundo equivale ao reenvio do Código para o núcleo normativo constitucional, tomado aqui pelo valor jurídico normativo dos princípios. Esse *giro* de lugar ocupado entre Constituição e Código tem sua razão de ser (FACHIN, 2015, p.56).

Neste giro, chega-se à constatação de que:

A Constituição torna-se a verdadeira parte geral do ordenamento jurídico, deixando de ser o estatuto do poder público para se converter na ordem jurídica fundamental da comunidade (...). Este contexto configura uma crise sem precedentes dos modelos teóricos comumente utilizados para compreensão da ciência jurídica, baseada tradicionalmente nas verdades universais de inspiração iluminista. (...). [Como consequência,] o Direito Civil deixa de ser o centro de regulação da ordem privada e o intérprete passa a se valer dos princípios constitucionais para a reunificação do sistema, especialmente a dignidade humana e a solidariedade, evitando antinomias provocadas por núcleos normativos díspares, correspondentes a lógicas setoriais nem sempre coerentes (EHRHARDT JUNIOR, 2012, pp.150 e 152).

Diante deste quadro, a ruína do valor performático do Código e o já consolidado erigir da Constituição como elemento unificador e, propriamente, constitutivo de todo o ordenamento, permite, certamente, advogar racionalidades diferentes na aplicação do Direito Público e do Direito Privado. Entretanto, não parece acertado supor contrastes entre a estruturação destes segmentos, especialmente quanto à normativa Constitucional. É que esta, em rigor, é *de Direito*, não necessariamente de Direito Público – especialmente se tomado *público* no sentido de *estatal*. Não precisa, pois, ser adaptada a este ou aquele setor<sup>179</sup>. A norma constitucional, assim, não necessita (e nem deve) ser confinada ao Direito Público ou ao Direito Privado. Antes, recebe seu conteúdo conforme a relação jurídica à qual se aplica. A constitucionalização, enfim e à vista destes supostos:

não significa um agigantamento do direito público em detrimento do Direito Civil que, dessa forma, perderia espaço como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de Direito Civil (...) de

---

<sup>179</sup> É que o texto constitucional comporta leituras diferentes, conforme se tenha em vista relações jurídicas de direito público e de Direito Privado – e.g.: a aplicação da solidariedade constitucional vem à tona de maneiras diferentes, conforme a relação jurídica em questão, conforme se colhe do contraste evidente entre o exercício do poder de tributar, com o escopo final de promover distribuição de renda, a elaboração e efetivação de políticas públicas, com o escopo de ampliar o acesso a determinados bens jurídicos, a configuração do dever alimentar no direito de família e realização da boa-fé objetiva, no contexto da obrigação como processo e seus deveres acessórios.

molde a torna-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual (TEPEDINO, 2004, p.21).

Ainda: em contraste às críticas que, num primeiro momento, dirigiram-se à constitucionalização tomada em sentido apenas formal, nota-se um contemporâneo e muito mais rico colorido. É que o despertar dos civilistas para o fato de que a centralidade do Direito Civil migrou para a Constituição<sup>180</sup> produz a tomada de consciência para a releitura de seus institutos fundamentais à luz dos valores constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa em concreto<sup>181</sup> – esta é, a final, a grande tônica das democracias constitucionais da segunda metade do século XX. Via de consequência, a ênfase na autonomia do sujeito em abstrato, própria do legado do sistema oitocentista, cede espaço à promoção dos interesses da pessoa concreta e historicamente situada<sup>182</sup>. Vale dizer: para além do advento de um renovado Direito Constitucional Positivo (a integrar a constituição formal do Direito Civil), ganham força a principiologia axiológica de índole constitucional (conformadora da constituição substancial) e a atividade hermenêutica centrada na atribuição de sentido aos significantes que integram o governo jurídico das relações interprivadas, à vista não só das normativas constitucionais e infraconstitucionais, mas também da força confessadamente

---

<sup>180</sup> Nesta singra, pontua-se que: “é preciso avaliar a mudança do ponto de vista sistemático, ressaltando que se a normativa constitucional está no ápice de um ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornam, em consequência, as normas diretivas, ou normas-princípios, para a reconstrução do Direito Privado” (BODIN DE MORAES, 2003, p.107). Isto é, os valores expressos pelo constituinte devem *informar* o ordenamento jurídico em sua totalidade, pois “Nos Estados democráticos, (...) a primazia da ordem jurídica consubstancia-se na primazia das decisões políticas em face da natureza das coisas, devendo o legislador não só se esforçar por refletir a realidade, mas também, conscientemente, buscar a sua transformação. O Direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade” (BODIN DE MORAES, 2003, p.108).

<sup>181</sup> “Refere-se a um novo sujeito, alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo (que compreende habitação) e sobrevivência. Nele, selada está a passagem que se opera a partir da crise do Direito Civil tradicional” (FACHIN, 2012, p.207)

<sup>182</sup> “O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico (...). Perde sentido o binário interioridade-exterioridade dos direitos fundamentais, que adquirem, também, feição prestacional. (...) Os três pilares de base do Direito Privado – propriedade, família e contrato – recebem nova leitura, que altera suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa. De fato, modelos e conceitos não são o verdadeiro objeto do direito, mas, apenas, seu instrumento” (FACHIN e PIANOVSKI RUZYK, 2003, p.99).

jurígena dos fatos (constituição – *rectius*: constitucionalização – prospectiva)<sup>183</sup>.

Consequentemente:

Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que o direito é, sim, um sistema e, portanto, demanda para seu funcionamento coerência e harmonia entre seus diversos elementos, mas o sistema do direito não é fechado, ou axiomático, pautado pela lógica formal e pela neutralidade dos enunciados, como se pretendia sob uma perspectiva hermética e autorreferenciada, de matriz positivista. Trata-se de um sistema aberto, em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento científico e, principalmente, dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica (...). Por conta disso, o sistema permite – *rectius*, exige – a sua constante renovação por meio da introdução de elementos extraídos da realidade social (KONDER, 2015, p.199).

Destarte, o estabelecimento de *inputs* e *outputs* entre Codificação, Constituição e fatos, põe-se como de índole dialógica, a qual abarca e encoraja a renovação dos significantes empregados no discurso jurídico (e.g.: relação jurídica, família, responsabilidade civil, empresa, propriedade e posse). Isto sem que se eliminem os sentidos inseridos no Código, os quais, então, submetem-se a um verdadeiro rejuvenescimento interno (cf. PINTO MONTEIRO, 2015, p.292). A mudança, então:

é mais profunda. Público e estatal não mais se identificam por inteiro; privatismo e individualismo, a seu turno, cedem espaço para os interesses sociais e para a 'coexistencialidade'. A superação da divisão em pauta não fere, necessariamente, a unidade sistemática do direito, inclusive porque ultrapassada também se encontra a fixação rígida de espaços normativos. (...) Constata-se, pois, uma mudança de paradigmas (FACHIN, 2012, p.242).

Daí se franqueia espaço ao erigir de um novo sentido do Direito Civil:

Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, nestes dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juridicidade no que se designou como sujeito. Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico –, esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil (FACHIN, 2012, p.207).

---

<sup>183</sup> A respeito da tríplice constituição do Direito Civil, ver: FACHIN, L. E. *Direito Civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

Neste passo, não se está a conceder a uma *nova vulgarização*, consistente em “entrega ao Direito emotivamente criado pelos juízes, sem controle de legalidade e justificado em menores argumentos de conveniente equidade, quando não de propaganda”<sup>184</sup> (PERERA, 1988, p.86) – também alcunhada de *carnavalização do Direito*<sup>185</sup>. Ao contrário: a incidência principiológica não se circunscreve aos princípios conformadores de um paraíso hermenêutico do Direito Privado, mas uma ordem de ideias em que se arrostando diferentes sentidos próprios do governo jurídico das relações interprivadas. Trata-se, pois, do ingresso da civilística em uma nova estação epistemológica. Bem diferente da temida vulgarização: no domínio (em desbravamento) do Estado Constitucional, reveem-se as relações entre Jurisdição e Legislação, de modo a romper a primeira das amarras da *boca da Lei* (e portanto, também da segurança jurídica em sentido formal, de predeterminação de hipóteses normativas, extraível a partir de interpretação literal) e permitir aproximação às contemporâneas teorias da interpretação e da decisão judicial, as quais se desdobram, com amparo na atuação prospectiva e criativa da literatura especializada, na promoção de segurança jurídica em sentido substancial (consistente na controlabilidade das razões de decidir invocadas para resolução de casos concretos, observados os limites da atuação de cada Corte e da unidade do sistema)<sup>186</sup>. É, pois, o aperfeiçoamento contínuo e dinâmico da trífrente constitucionalização que permite avançar na leitura da distinção Direito Público-Direito Privado e, também, arrostar o sentido do Direito Civil, a partir de

---

<sup>184</sup> Tradução livre. No original: “*entrega al Derecho emotivamente creado por los jueces, sin control de legalidade y justificado em menores argumentos de conveniente equidade, cuando no de propaganda*”.

<sup>185</sup> É a expressão empregada por Konder: “De fato, o cenário aterrador com que nos confronta a jurisprudência contemporânea é de decisões que, às vezes até mesmo sob o pretexto da abertura do sistema pela constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que vem sendo chamado de banalização ou mesmo ‘carnavalização’ do Direito” (2015, p.205).

<sup>186</sup> À luz do exposto nas linhas precedentes, “Essa leitura se reflete na solução de casos concretos pelo Judiciário em vez de uma problematização tópica que busque, na ordem principiológica constitucional, a melhor solução, à luz dos direitos fundamentais, não raro se busca a solução mecanicista de subsunção do fato à solução preestabelecida pelo modelo de relação jurídica codificada” (FACHIN e PIANOVSKI RUZYK, 2003, p.99). No mesmo sentido: “quando o juiz decide o caso concreto e contribui, nessa medida, para a realização do direito, como agente activo da construtividade jurídica, ele está a dar vida e a concretizar toda a ciência jurídica que está a montante, onde a doutrina ocupa um lugar privilegiado” (PINTO MONTEIRO, 2015, p.293).

suas transformações. Vale dizer: o desafio que a constitucionalização do Direito Civil coloca, atualmente, é muito mais metodológico que de conteúdo<sup>187</sup>. E, como se deduz das seções anteriores, é, exatamente, a problematização deste aspecto no âmbito da reparação de danos que constitui a preocupação-motriz das investigações propostas. Sua apreciação, contudo e em simetria à contextualização promovida quando da abordagem do modelo alemão, imprescinde de prévia descrição da estrutura da organização judiciária brasileira, bem como do estilo judicial nela dominante.

## 4.2 O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

### 4.2.1 Organização judiciária

A estruturação do sistema judiciário brasileiro em matéria civil, tal qual seu correspondente germânico, não oferece significativas dificuldades de apreensão por parte daqueles que dela se aproximam. Isto não obstante, pela importância que a atuação da maquinaria judicial tem para a ressignificação da segurança jurídica no Estado Constitucional, rasante descrição da organização judiciária brasileira é elemento indispensável ao bom delineamento do contexto em que aquela se dá.

Essencialmente, os órgãos jurisdicionais brasileiros se organizam em três níveis, os quais se segmentam em duas instâncias ordinárias e na chamada jurisdição extraordinária, perante as quais tramita um total aproximado de 70,8 milhões de ações judiciais, sendo cerca de 28,5 milhões julgadas anualmente (cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p.34). Há, ainda, repartições outras, fundadas em critérios de competência (e.g.: a Justiça Federal comum e a Justiça do Trabalho processam e julgam, respectivamente, causas em que haja interesse da União e causas advindas de relações de trabalho), cuja análise se

---

<sup>187</sup> “O que se deve é examinar as possibilidades concretas de que o Direito Civil atenda a uma racionalidade emancipatória da pessoa humana que não se esgote no texto positivado, mas que permita, na porosidade de um sistema aberto, proteger o sujeito de necessidades em suas relações concretas, independentemente da existência de modelos jurídicos. O modelo é instrumento, e não um fim em si mesmo. Por isso, ele não deve esgotar as possibilidades do jurídico, sob pena de o direito se afastar cada vez mais das demandas impostas pela realidade dos fatos” (FACHIN e PIANOVSKI RUZYK, 2003, p.102)



dispensa em vista da maior relevância da chamada Justiça Comum para o funcionamento do modelo brasileiro codificado de reparação de danos. Neste segmento, há, como dito, duas instâncias: (i) juízes de Direito e (ii) Tribunais de Justiça, além do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, componentes da chamada jurisdição extraordinária, na qualidade de Cortes Supremas, mas que também desempenham a função de Cortes de Justiça, nas causas de competência originária dos Tribunais Estaduais. Isto sem que se considerem, ademais, os Juizados Especiais, nos quais atuam juízes togados e leigos, cujas decisões sujeitam-se a revisão por Turmas Recursais (cf. BARRSO, 2007, pp.62-78).

Ainda que haja aparente divisão tripartite, ao jurisdicionado se assegura apenas o segundo grau de jurisdição. Ou seja: as decisões proferidas por juízes singulares podem ser revistas pelos Tribunais de justiça, enquanto as decisões que estes, originalmente, proferem, são revistas pelos Tribunais superiores. Qualquer possibilidade de escalada para além disso se franqueia por intermédio de do *jus constitutionis*, e não do *jus litigatoris* (cf. MITIDIERO, 2013).

Os juízes de Direito são distribuídos em varas, cuja competência se define conforme a Lei de Organização Judiciária de cada Estado, sendo que, *de um modo geral*, cindem-se varas especializadas em matéria civil, registros públicos, família e sucessões, infância e juventude, falências, recuperação judicial e Fazenda Pública – além de competências criminais, que, por evidente, transcendem a matéria *cível*. Nos juizados especiais, cujas competências se circunscrevem a causas simples e com valor atribuído não superior a quarenta salários mínimos nacionais, para partes representadas por advogado, e a vinte salários mínimos nacionais, para partes que postulem em causa própria, inexistente tal distinção. Em qualquer caso, as varas judiciais e as secretarias dos juizados especiais cíveis se distribuem, conforme o regramento das Constituições dos Estados e as respectivas Leis de Organização Judiciária, em comarcas e distritos.

Tribunais de Justiça e Turmas Recursais funcionam como órgãos jurisdicionais de revisão; como verdadeiras Cortes de Justiça, i.e.: como cortes prioritariamente orientadas à resolução de controvérsias, à prolação de decisões justas e à correção da justiça de decisões proferidas por órgãos hierarquicamente inferiores (cf. MITIDIERO, 2013, pp.30-31). São depositários,

ainda, de atribuições originárias, cujo exercício não desnatura seu papel, exceto pelo componente revisional de decisões prolatadas por outros órgãos jurisdicionais. Os Tribunais Estaduais se dividem em Câmaras ou Turmas, com competências estabelecidas segundo critérios de especialidade. Nelas, atuam, em caráter singular ou colegiado, juízes de segundo grau e desembargadores. É nesta instância que se esgota, *cum granus salis*, a Jurisdição ordinária.

O ápice da hierarquia judiciária brasileira em matéria de Direito infraconstitucional legislado é ocupado pelo Superior Tribunal de Justiça, com competência para esculpir seu sentido e uniformizar entendimentos diferentes a seu respeito, a partir de recursos interpostos em face de decisões proferidas em única ou última instância por qualquer Tribunal, bem como resolver conflitos de competência. Esta Corte é composta por trinta e três Ministros, divididos em seis Turmas, as quais se concentram em três Seções diferentes: a primeira, com competência para apreciar questões de Direito Público e Previdenciário; a segunda, Direito Privado; e, a terceira, Direito Penal. Além disso, atuam, conforme disciplina regimental, em outros dois órgãos: a Corte Especial e o Plenário. As decisões colegiadas são tomadas por cinco julgadores, dos quais um preside a sessão de julgamento. Eventuais divergências entre as Câmaras podem ser resolvidas pela Corte Especial, a qual é composta por quinze Ministros, mediante interposição, pela parte interessada, do competente recurso. Recursos e reclamações direcionadas ao STJ são submetidos a rigoroso controle de admissibilidade, os quais são objeto de ferrenhas e pertinentes críticas por parte da comunidade jurídica especializada.

Enfim, ao vértice do sistema judiciário brasileiro em matéria constitucional, está o Supremo Tribunal Federal. A Corte é composta por onze Ministros, divididos em duas Turmas com cinco julgadores cada, as quais atuam sob presidência do mais antigo de seus membros. Seu amplo leque de atribuições compreende, de um modo geral, a guarda da Constituição e a outorga de sentido às disposições nela contidas, com especial ênfase à repressão a violações de direitos fundamentais e ao exercício de controle de constitucionalidade. Assim e em simetria a seu correspondente alemão, cabe-lhe controlar a atuação de todos os órgãos do Judiciário, o funcionamento do Executivo, a constitucionalidade de atos legislativos e a resolução de disputas acerca de matéria constitucional entre órgãos constituídos. Em função da larga

constitucionalização do Direito Civil brasileiro e da consequente forja de novas soluções para problemas particulares à luz da axiologia constitucional, a atuação do STF impacta enormemente nas relações interprivadas – em especial, para esta investigação, no Direito de Danos –, sem que se possa, contudo, subestimar a importância decisiva também do STJ neste particular.

#### 4.2.2 Estilo judicial

A importância da análise do estilo judicial imperante na dinâmica do exercício da jurisdição em dados contextos para a condução de investigações acerca dos novos contornos da segurança jurídica, sobretudo no âmbito da reparação de danos, bem como para um verdadeiro exercício de comparação entre diferentes modelos jurídicos neste quesito, é indisputável. Isto porque, consoante ressaltado acima, é a apreensão das fôrmas nas quais as decisões judiciais são moldadas que permite apreciar aspectos contrastantes e convergentes dos modelos cotejados.

Nada obstante esta especial importância, ao Direito brasileiro falecem estudos que tomem o *stylus curiae* por objeto. Vale dizer: ao contrário do que se observa quanto aos usos redacionais de Cortes alemãs, francesas, inglesas e estadunidenses, por exemplo, as marcas caracterizadoras do *como se faz* na prática judiciária brasileira envolvem-se em espessas camadas de um constrangedor silêncio. Constrangedor, a um, porque as decisões dos Tribunais pátrios, especialmente do STJ e do STF, certamente têm muito a revelar sobre a particular história jurídica brasileira, bem como sobre o tipo de educação recebida pelos magistrados em geral, o impacto que o Direito escrito desempenha no modo com que percebem seu trabalho e os vícios e virtudes dos processos seletivos aos quais se sujeitam. A dois, porque esta calada dificulta o acesso de pesquisadores interessado ao Direito brasileiro, sobretudo àqueles preocupados com a comparação de processos decisórios, pelo que, por outras palavras, empecilha diálogos certamente engrandecedores. A três, enfim, porque prejudica a detecção de virtudes a potencializar e de problemas a arrostar para melhoria da prestação da tutela jurisdicional, com impacto, inclusive na congenitamente dificultosa administração da Justiça.

Seja como for e malgrado a falta de dados precisos, é lícito pontuar, em observância aos aspectos arrolados por Goutal como chaves para o estudo dos diferentes estilos judiciais<sup>188</sup>, que as decisões judiciais brasileiras não costumam ser demasiadamente longas, ressalvada uma notória tendência das Cortes (especialmente das Cortes Supremas) em elaborar decisões mais completas em casos de maior apelo jurídico-político ou simplesmente marcados por grau elevado de complexidade. Demais disso, os julgados brasileiros soem ser embasados muito mais em casos pretéritos que em textos normativos (os quais, não raro, informam ou poderiam informar de maneira muito singela o teor das decisões tomadas por referência). Mas não se trata, geralmente e a rigor, de prestígio ao precedente judicial ou à jurisprudência, os quais são, contudo, largamente referidos em sentido não técnico inclusive na literatura, conforme relata Schmidt:

Embora referências à *jurisprudência* abundem na literatura jurídica brasileira, certo é que não se a trata em sentido técnico, mas como – de regra pouco consistentes – ementas (diversas decisões amarradas umas às outras, sem um exame crítico ou apenas como ilustração dos fatos tomados por referência)<sup>189</sup> (2014, p.36)

Assim, pela própria característica das ementas, as referências a casos anteriores operam na dimensão do exemplo; não como pedra angular, muito menos como método. Esta característica denuncia uma tendencial tônica nos resultados, não tanto com os caminhos a eles conducentes (cf. NUNES, ALMEIDA e REZENDE, 2014, pp.327-372), e remete à influência que o positivismo normativista de matriz francesa ainda desempenha sobre a intelectualidade jurídica brasileira – mormente no que tange às súmulas de julgamento, muito próximas ao estilo sobremaneira dedutivo da *phrase unique*, ainda arraigado na Corte de Cassação francesa (cf. GOUTAL, 1976, pp.45 e ss). A persistência destas características é posta à prova pelo advento de normativas

---

<sup>188</sup> O autor segmenta o *caminho da justificação* em três seções: “a extensão das decisões, os esquemas empregados pelos juízes em suas fundamentações e o tom a elas atribuído”. Tradução livre. No original: “the length of opinions, the schemes of reasoning employed by judges, and the tone of opinions”.

<sup>189</sup> Tradução livre. No original: „Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum Brasiliens ist es zwar mittlerweile üblich, in großem Umfang auf die Rechtsprechung Bezug zu nehmen. Leider werden hierbei aber meist nur die – in der Regel wenig kon-zisen9 – *ementas* verschiedener Entscheidungen aneinander gereiht, ohne dass eine kritische Auseinandersetzung mit ihnen oder auch nur eine nähere Darstellung des zugrunde liegenden Sachverhalts erfolgt“.

que privilegiam uma outra dinâmica, ancorada na valorização das razões de decidir que permeiam decisões judiciais pretéritas, e pela pontual eclosão de decisões excepcionalmente preocupadas com o estabelecimento de diretrizes para o futuro, especialmente no respeitante aos desdobramentos do Direito de Danos<sup>190</sup>, mas não há sinais de que rupturas profundas estejam a se avizinhar.

Enfim, esgotada a contextualização indispensável à abordagem do modelo codificado de reparação de danos brasileiro em cotejo com seu correspondente alemão, prossegue-se a seu desvelamento.

#### 4.3 OS INTERESSES TUTELADOS PELO MODELO ESTATUÍDO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

##### 4.3.1 Generalidades

O dever de reparar o dano, no modelo codificado de reparação civil brasileiro, figura como modalidade de obrigação *ex lege*, muito embora seja usual, sobretudo nos domínios da manualística, abordá-lo em apartado ao Direito das Obrigações. Sem embargo desta opção didática, a evidente continência do dever de reparar (ou, em sentido amplo, da responsabilidade civil ou por danos) pela noção de obrigação<sup>191</sup> determina o acerto de sua definição como “a relação obrigacional decorrente do fato jurídico dano, na qual o sujeito do direito ao ressarcimento é o prejudicado, e o sujeito do dever, o agente

---

<sup>190</sup> É o caso, *e.g.*, do acórdão pelo qual a Terceira Turma do STJ julgou o REsp 959.780/ES, no qual se discutiam os critérios para reconhecimento e quantificação de dano moral por ricochete em caso de acidente automobilístico fatal. Nesta ocasião, o relator, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, redigiu arrazoado norteado pela fixação de diretrizes para a resolução de casos futuros. Vale dizer: sua inspiração condiz com “a preservação da igualdade e da coerência nos julgamentos pelo juiz ou Tribunal. Assegura a igualdade, porque casos semelhantes recebem decisões similares, e coerência, pois as decisões variam na medida em que os casos se diferenciam” (BRASIL, 2011).

<sup>191</sup> Quer em sentido tradicional e estático, de “relação jurídica de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio” (MONTEIRO, 1979, p.8), quer em sentido contemporâneo e dinâmico, de “processo, polarizado pelo seu adimplemento, que é o fim que a dinamiza e atrai. O fim da relação obrigacional é a satisfação do interesse de ambas as partes envolvidas na relação, que, por esta razão, devem, no curso da relação, e mesmo antes de formado o vínculo – se se tratar de relações contratuais –, adotar comportamento tendo em vista o fim que as aproximou, relacionando-as” (MARTINS-COSTA, 2003, p.48).

causador ou o terceiro a quem a lei imputa a obrigação” (BAPTISTA, 2006, p.143).

Este processo obrigacional é, contemporaneamente, presidido por três diretrizes fundamentais: (i) a *reparação integral* (ou *máxima reparação*), que constitui a razão de ser da responsabilidade civil e organiza a normativa que lhe é pertinente “em torno de um critério unificador a harmonizador, qual seja, a reparação [que deve ser] integral” (MARTINS-COSTA, 2014-a, p.416); (ii) a tutela prioritária do interesse da vítima, no sentido de que a reparação de danos não mais se orienta por juízos de reprovabilidade da conduta do ofensor, mas pela reparação do prejuízo suportado pelo lesado (REZENDE e GONDIM, 2014, p.120; FACHIN, 2015, p.38); e (iii) solidariedade social, em virtude da cogência da principiologia axiológica de índole constitucional sobre as relações entre particulares (cf. LÔBO, 2011, p.23)<sup>192</sup>.

A dinâmica da reparação, ainda, deve observar a restrição ao enriquecimento à custa de outrem (ou enriquecimento sem causa), o qual é vedado pelo Código Civil brasileiro (assim como pelo BGB) e fortemente repellido pela comunidade jurídica especializada. Esta diretriz representa significativo desafio à fixação dos *quanta* reparatórios, especialmente no que concerne ao dano moral, e importa para a ainda incipiente discussão em torno das funções desempenhadas pelo juízo de reparação. Isso porque, enquanto alguns defendem que a reparação civil se traduza não apenas no saneamento do dano infligido à vítima, mas também na punição do ofensor, com vistas à elisão de novas situações danosas, é certo e amplamente difundido que o juízo de reparação não pode resultar em enriquecimento indevido.

Nesta senda, o fato jurídico ensejador do deflagrar desta relação obrigacional<sup>193</sup> é, precisamente, a lesão, culposa ou não, a deveres originários

---

<sup>192</sup> Esta perspectiva da reparação de danos leva importantes setores da literatura a sustentar uma renovação na maneira com que se refere à reparação civil, à vista da renovação de seus pontos de partida: “O modelo de responsabilidade civil e consumerista vigentes parecem erodidos, porque sua reoxigenação histórica (...) não resolve o problema. As seis perspectivas constitutivas da responsabilidade por danos reportam à imprescindível tarefa do jurista de hoje, ao se debruçar sobre as reflexões que o Direito Civil e o direito do consumidor estão adstritos a realizar como fator de transformação social. Para tanto, a perspectiva de uma responsabilidade por danos constitui um de seus alicerces epistemológicos, a realizar os interesses da vítima, sem desconsiderar que o lesante também possui direitos e deveres” (CUNHA FROTA, 2013, p.212).

<sup>193</sup> Ressalvada, novamente, a figura da responsabilidade *sem dano*, que, articulada a partir das noções de precaução e prevenção, antecipa o dever de reparar para o momento em que surgida perspectiva concreta de concretização do prejuízo (cf. GONDIM, 2015).

de mútuo respeito a interesses jurídicos protegidos, conforme melhor explicitado adiante. Assim:

No fenômeno da responsabilidade civil, temos de distinguir duas modalidades de situações jurídicas: a situação jurídica originária ou primária, na qual estão de um lado os direitos de personalidade, o direitos obrigacionais, reais e de família, e de outro lado, os direitos de personalidade, os direitos obrigacionais, reais e de família, e de outro lado, os respectivos deveres (*dever genérico de abstenção, sujeição, obrigação e deveres de família*) (BAPTISTA, 2006, p.415).

Nesta esteira, o “fato gerador da responsabilidade civil, em virtude do qual o ordenamento atribui ao ofendido o direito de exigir a reparação, e ao ofensor a obrigação de repará-lo” (BAPTISTA, 2003, p.43), consiste na violação, pelo ofensor, de um interesse juridicamente tutelado de que a vítima seja titular (cf. MONTENEGRO, 1992, p.17). E é, precisamente, a delimitação desta sorte de interesses (o esquadrinhamento dos danos suscetíveis de reparação) o problema contemporâneo da reparação civil no Direito brasileiro, à vista da opção legislativa pelo regramento da matéria a partir de cláusula gerais<sup>194</sup>. Vale dizer, nesta senda:

Conceitualmente, a responsabilidade civil consiste justamente na imputação do evento danoso a um sujeito determinado, que será, então, obrigado a indenizá-lo.

Diversamente do direito penal, porém, o Direito Civil não tipifica legislativamente cada comportamento danoso; ao contrário, a obrigação de indenizar está inserida em uma cláusula geral, prevista no art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil. Cumpre, assim, identificar quais são os eventos que fazem nascer a obrigação de indenizar. Em outras palavras, é preciso ‘circunscrever a área dos danos ressarcíveis’, de modo a evitar a ‘propagação irracional dos mecanismos de tutela indenizatória’ (BODIN DE MORAES, 2006, p.239)

E assim é justamente pela razão de que o modelo codificado brasileiro de reparação civil carrega consigo o timbre da mais distinta característica do

---

<sup>194</sup> Malgrado evidente a importância do zelo com os critérios de seleção aí empregados, é notório que “Modo geral, parca é a atenção aos *filtros* ou *critérios* que discernem entre a indenizabilidade de ‘qualquer dano’ e os danos merecedores de tutela jurídica pela via indenizatória” (MARTINS-COSTA, 2014, p.7074).

Código Civil de 2002, muito embora haja, nesta matéria, sensível continuidade com a Codificação que lhe precedeu<sup>195</sup>, Há, pois:

uma estrutura flexível que alia o método das cláusulas gerais de responsabilidade subjetiva (art. 186) e objetiva (art. 927, parágrafo único), ao método da tipificação dos efeitos dos principais atos ilícitos, introduzindo, na parte final dos arts. 948 (dano-morte) e 949 (lesões corporais), verdadeiras pontes normativas ensejadoras de ampliações inter-sistemáticas concernente à integridade corporal da vítima, assim deixando expresso que o elenco de parcelas indenizatórias é meramente exemplificativo, admitindo ampliação por via da interpretação (MARTINS-COSTA, 2014-a, pp.417-8).

Pretender reduzir a complexidade do aparentemente singelo modelo codificado brasileiro de reparação civil a uma temperada continuidade, contudo, equivale a fechar os olhos a sua própria textualidade (em perspectiva estática) e a seu funcionamento cotidiano (em perspectiva dinâmica). Isto porque, a um, o parágrafo único do art. 927, do Código de 2002, ao consagrar cláusula geral de responsabilidade objetiva, coroou o abrangente fenômeno da *objetivação*<sup>196</sup>, por cujas turbulências passava o modelo privilegiado pelo Código de 1916, e franqueou, em conjugação com outros dispositivos legais e diplomas normativos, espaço à consagração também da *coletivização* (cf. NORONHA, 1998, p.29). Com sua positivação, enquanto firma o caráter dual do modelo codificado (o qual, à diferença do BGB, conjuga culpa e risco como elementos do juízo de reparação), “o legislador de 2002 espancou definitivamente a ideia de prevalência da culpa no sistema brasileiro”. Esta normativa, “ao exigir a participação da discricionariedade jurisdicional na ampla tarefa de definir as

---

<sup>195</sup> “Desconsiderando-se a menção ao dano moral (inovação meramente formal, como já salientado), e abstraindo-se a subdivisão em dois artigos da cláusula geral anteriormente contida no art. 159, a diferença de redação entre as duas cláusulas pode até passar despercebida a uma rápida leitura, embora pudesse conter uma profunda consequência jurídica. De fato, enquanto o antigo art. 159 falava em violar direito, ou causar prejuízo a outrem, a nova cláusula refere ‘violar direito e causar dano a outrem’. Se a alteração fosse em sentido contrário, poder-se-ia sustentar que o legislador estaria acolhendo a ideia de uma responsabilidade civil de cunho punitivo ou eventualmente dissuasório, e não de natureza reparatória/compensatória. Isto porque a obrigação de indenizar poderia decorrer, em tal hipótese, tanto do fato de ter sido causado um prejuízo, quanto da hipótese de uma mera violação do direito. Todavia, uma interpretação sistemática consolidada já então conduzia ao entendimento de que um dos requisitos da responsabilidade civil era justamente a presença de um dano (material ou moral). Assim, o novo Código Civil apenas deixou claro o que antes era implícito” (FACCHINI NETO, 2010, p.30).

<sup>196</sup> “O fenômeno da objetivação, talvez a principal consequência da revolução industrial no âmbito da responsabilidade civil, consiste no progressivo distanciamento desta com relação ao princípio segundo o qual não poderia haver responsabilidade sem culpa” (NORONHA, 1998, p.26).



atividades sujeitas à sua incidência, (...) retirou, a um só tempo, a condição excepcional e o caráter *ex lege*, ainda então atribuídos à responsabilidade objetiva na cultura jurídica nacional” (SCHREIBER, 2012, p.23), com norte estabelecido na ideia de socialização do risco. Consequência disto é a abertura de possibilidades reparatórias para danos anteriormente incogitáveis pela indispensabilidade da prova da culpa do agente.

A dois, a redução é imprecisa porque mudaram, drasticamente, o contexto social e o objeto de preocupação dos operadores jurídicos, de modo que houve – a rigor já desde antes da entrada em vigor do Código atual – significativa revisão dos parâmetros tradicionalmente empregados na aferição do dever de reparar, tudo sob a égide de uma Constituição que trai o ideário patrimonialista reinante na tradicional sistemática da responsabilidade civil, ao enfatizar a proteção à personalidade humana e a difusão da solidariedade social. Assim:

De maneira geral, a inspiração constitucional fez com que princípios normalmente alheios ao surgimento da obrigação de indenizar fossem incorporados ao definir o regime de reparação civil. Se a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, e a justiça distributiva influenciam profundamente toda a sistemática do dever de ressarcir (BODIN DE MORAES, 2006, p.245).

Esta profunda recolocação dos componentes paidético e autoritativo dos significantes empregados no cotidiano do Direito Civil brasileiro à luz da principiologia axiológica de índole constitucional, renovou os esquadros nos quais se discutem e resolvem os problemas da reparação de danos (aliás, impactou fortemente na própria noção de *dano*). E nem poderia ser diferente, conforme sustentado na literatura:

Se muda o contexto social e o objeto de preocupação dos operadores, logicamente os parâmetros tradicionais que serviam de pressupostos de configuração do dever de indenizar precisam ser repensados. O que no cotidiano forense se mostra é uma explosão de danos ressarcíveis, novas categorias sendo reconhecidas e indenizações concedidas, muitas vezes sem nenhum critério. Tal contexto pode colocar em risco todas as conquistas recentes no que concerne à proteção aos direitos fundamentais no campo da responsabilidade civil (EHRHARDT JUNIOR, 2012, p.157).

Resultado disto é uma mudança no enfoque dado pelo estudo e pela atuação da reparação civil, o qual já não mais recai sobre o agente responsável (e a reprovabilidade moral de sua conduta), mas sobre a vítima (e a reparação do prejuízo por si suportado). Esta mudança, como é sabido, opera gradualmente e à custa da valia dos tradicionais filtros do juízo de reparação<sup>197</sup>, cuja erosão, além de ser voz corrente na literatura, foge ao recorte ora promovido<sup>198</sup>. Assim e especificamente quanto ao dano, opera notável revisão da definição tradicional que o prendia à ilicitude ou antijuridicidade, de modo que, se antes ele era traduzido como a violação culposa de determinada norma ou direito, hoje é significado como *lesão a um interesse juridicamente protegido* (cf. BODIN DE MORAES, 2006, p.240), consoante adiantado acima.

É que a noção de dano como *ato ilícito* não foi páreo para a força jurígena dos fatos, cuja grandiosidade lhe esgarçou “a tal ponto que se dissolveu em um sistema valorativo de resultados *ex post facto*”<sup>199</sup> (LORENZO, 1996, p.22). Consequentemente, o fato jurídico gerador do dever de reparar corresponde a uma violação a interesse juridicamente tutelado de que a vítima seja titular – admitida a hipótese de que o interesse que preside a ação lesiva mereça, também, tutela, na qual o conflito se resolveria mediante avaliação ponderativa (cf. SCHREIBER, 2012, pp.163-166). Com efeito e sobretudo face ao arraigado fenômeno da expansão dos danos suscetíveis de reparação<sup>200</sup> *vis-à-vis* a inata

---

<sup>197</sup> Exatamente neste sentido: “O estudo dos pressupostos da responsabilidade, antes centrado no sujeito responsável, volta-se agora para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido, ou seja, a vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, pois o foco de preocupação deixa de ser os danos causados para os danos sofridos, e as atenções do julgador voltam-se para quem pode suportar o pagamento da indenização e não mais para o seu causador” (EHRHARDT JUNIOR, 2012, p.159).

<sup>198</sup> Seja, contudo, facultado remeter a dois estudos que dão conta de sintetizar o estado do debate acerca do esvaziamento da culpa e do nexos de causalidade, sem embargo de carregarem posições diversas: SCHREIBER, A. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012 e CUNHA FROTA, P. M. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

<sup>199</sup> Tradução livre. No original: “los autores se ven forzados a dilatar a tal punto la noción, que en definitiva se hace coincidir con valoraciones axiológicas y meta jurídicas que terminan por disolverla en un sistema valorativo *ex post facto*”.

<sup>200</sup> “Em tempos ainda recentes, os danos suscetíveis de reparação eram quase que somente os patrimoniais e individuais. A necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação é que mudou as coisas. Em primeiro lugar, gerou um avassalador movimento em prol da reparação dos danos extrapatrimoniais (...). No Brasil, esse movimento só se completou depois que a Constituição Federal de 1988 fez duas ou três referências expressas a tais danos. Em segundo lugar, conduziu ao reconhecimento da necessidade de tutelar também os chamados danos transindividuais” (NORONHA, 1998, p.27). Sintomas da grandeza das dificuldades inerentes a este fenômeno são bastante alardeados pela literatura, no sentido de que: Nesse norte, doutrina e jurisprudência destacam o surgimento de “novos danos”, em grande parte

flacidez do modelo brasileiro codificado de reparação civil, o grande desafio que arrosta a comunidade jurídica pátria nesta matéria é a definição (ou a *seleção*) dos interesses protegidos<sup>201</sup>.

#### 4.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual: ainda hoje?

A codificação civil brasileira, conquanto discipline separadamente responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, não se vale, de um modo geral, da técnica regulamentar cara ao BGB. O fenômeno da *fuga para a responsabilidade contratual*, que marca este modelo, portanto, não encontra correspondência em solo brasileiro.

A dualidade de regimes, contudo e apesar da textualidade do Código, é bastante contestada pela literatura especializada, que conta com alguma acolhida, malgrado a inconstância, por parte dos Tribunais. Assim, ressalvada a posição de autores que sustentam a pertinência da cisão entre estas esferas à vista de questões estruturais e funcionais (cf. LEONARDO, 2002, pp.114-117, e NALIN e MANASSÉS, 2014, pp.343-344)<sup>202</sup>, tem prevalecido a orientação segundo a qual o marco divisório destes regimes se fluidificou a ponto de tornar-se artificial a clivagem. Daí se dizer, com razão, que “Na experiência contemporânea surge como desafio ponderar se ainda se justifica a distinção entre o regime da responsabilidade contratual (relativa) e o da responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana (absoluta), apesar da grande coincidência em relação a seus pressupostos” (EHRHARDT JUNIOR, 2014, p.19).

Neste giro, verifica-se que:

---

reflexos à evolução da própria noção de dignidade. Atualmente buscam-se reparações por dano de férias arruinadas, dano de processo lento, de brincadeiras cruéis (*bullying*), danos nas relações familiares (abandono afetivo, descumprimento de deveres conjugais, dano sexual, custo de manutenção de filho indesejado, dentre outros)” (EHRHARDT JUNIOR, 2012, p.161).

<sup>201</sup> Diz-se, inclusive, que está seria a principal função do estudo da reparação de danos: “é função principal da disciplina da Responsabilidade Civil determinar, dentre os inúmeros eventos danosos que ocorrem cotidianamente, quais devem ser transferidos da vítima ao autor do dano, conformemente à ideia de justiça dominante na sociedade” (MARTINS-COSTA, 2014, p.7074).

<sup>202</sup> Em resumo, trata-se de dizer “numa visão sistemática e abstrata, não existem dois campos ou ramos da responsabilidade civil. Entretanto, posicionado o caso concreto, emergem regras especiais que podem e devem melhor cumprir as funções da responsabilidade, iniciando por tornar indene a vítima: repor a vítima ao *satus* que se encontrava no momento anterior ao fato danoso (*status quo ante*)” (NALIN e MANASSÉS, 2014, p.344).

Com o crescimento da responsabilidade civil (a geral, ou em sentido estrito), devido ao triplo fenômeno da expansão dos danos suscetíveis de reparação, da objetivação da responsabilidade e de sua coletivização, ficou evidenciado não ser correto o lugar subalterno que lhe era atribuído na dicotomia 'responsabilidade contratual' e 'responsabilidade extracontratual'. Ela assumiu o papel que realmente lhe compete, de direito comum (ou geral) da responsabilidade civil e, em consequência, há necessidade de repensar as relações entre ela e a responsabilidade negocial (e porventura também outros direitos especiais que ainda caibam dentro da figura geral da responsabilidade civil) (NORONHA, 1998, p.32).

Este repensar – caracterizador de um movimento aparentemente contrário ao havido no seio do modelo alemão – é tributário da técnica legislativa dúctil empregada no regramento da reparação de danos em geral (extracontratual ou extranegocial), o que atesta o acerto, pela via negativa, daquilo que há muito se diz no Direito Comparado: um direito contratual em expansão é o preço de um regime rígido de responsabilidade civil (cf. MARKESINIS, 1987). Ademais, a crescente aproximação dos pressupostos de uma e de outra, haurida da coincidência quanto ao fato que as deflagra (o dano, no sentido de lesão a um interesse juridicamente protegido) torna imperativo o reconhecimento de uma existente unidade, marcada por diferentes graus de especialização. Assim:

[A] responsabilidade civil (em sentido estrito) apresenta-se como o direito comum (ou geral) da reparação de danos, perante o qual a obrigação relativa a danos oriundos de obrigações negociais é mero direito especial. Isto é importante porque um direito especial, qualquer que seja, não contém princípios jurídicos conflitantes com os do direito geral respectivo e, por outro lado, as regras deste devem ser aplicadas sempre que o direito especial não contiver norma específica (NORONHA, 1998, p.33).

Este pequeno esboço, muito embora não impacte diretamente na dinâmica da identificação dos interesses credores de tutela reparatória (e preventiva), releva por permitir avanços no estabelecimento de aproximações e contrastes entre os modelos brasileiro e alemão codificados de reparação civil. Viabiliza, com isso, maior acurácia na comparação entre os mecanismos de promoção de segurança jurídica em sentido substancial no bojo da identificação dos danos suscetíveis de reparação (*rectius*: da seleção dos interesses protegidos).

#### 4.3.3 Danos e sua reparação: os interesses contemplados pelo Código Civil de 2002

O modelo codificado brasileiro de reparação civil tem, como vigas-mestras, as cláusulas gerais dos arts. 186, 187 e 927, as quais se limitam a consignar a responsabilidade daquele que lesar direito e causar dano (inclusive de natureza moral) a outrem. Os dispositivos remetem, ainda, à noção de ato ilícito, que pode ser analisada em contraste com a antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*) exigida pelo modelo alemão para identificação de possibilidade de demanda reparatória plausível em face de uma lesão a interesse protegido (cf. item 3.3.3.1, *supra*). A coincidência ou a relação de antecedência necessária entre ato ilícito e dano, contudo, há muito perdeu sua razão de ser, conforme já indicado, mesmo porque é amplo o reconhecimento de que o dever de reparar pode exsurgir de danos causados por atos lícitos (cf. BAPTISTA, 2003, p.55). Apesar disso, a noção de dano injusto carrega consigo sentido muito próximo ao da *Rechtswidrigkeit*, na medida em que exige, para sua verificação (i.e.: para atribuição do qualificados *injusto*) e imputação a determinado agente, a constatação da ocorrência de lesão a interesse juridicamente protegido – no mais das vezes procedida segundo juízo de ponderação<sup>203</sup> – e a inexistência de qualquer excludente de responsabilidade. A antijuridicidade ou a injustiça do dano (e não a ilicitude de seu fato gerador), portanto, é essencial ao juízo atributivo do dever de reparar.

No pertinente ao vislumbre de merecimento de tutela de determinados interesses jurídicos, as autênticas cláusulas gerais estruturadoras do modelo

---

<sup>203</sup> A propósito: “Um dos problemas mais difíceis do Direito privado contemporâneo consiste na determinação de quais são os ‘danos injustos’, pois não se sabe previamente quais são todos os interesses juridicamente protegidos. É a partir da análise dos casos concretos que se conclui pela injustiça ou não de um dano, não existindo um rol prévio de danos indenizáveis. (...) Apesar da caracterização do dano como injusto não estar apegada apenas à verificação dos aspectos subjetivos da conduta do lesionante, não se pode negar que tal exercício depende da ponderação contraposta dos interesses do lesionante e da vítima. A princípio todo dano sofrido será injusto, salvo se partir de uma valoração comparativa dos interesses em conflito se concluir que o ato lesionante era justificado. Certo é que esses interesses devem estar contidos no âmbito de proteção das normas jurídicas” (ALTHEIM, 2010, pp.124-125).

brasileiro de reparação de danos bem atendem a diretriz de operabilidade do Código Civil, pois, conforme sustentado pela literatura:

ao não se limitar a afirmar a indenizabilidade do dano moral, antes pretendendo aliar segurança e porosidade ao porvir e, assim, ensejando ao intérprete (especialmente ao juiz) a possibilidade de identificar de modo racionalmente sustentado e ordenado segundo os dados do sistema, novas modalidades de prejuízos, mormente no campo delicado dos danos pessoais (MARTINS-COSTA, 2014-a, p.420).

A abertura ao profuso reconhecimento de *novos danos*, portanto, não é patológica. Antes, corresponde a opção legislativa alinhavada à boa técnica, mas que impescinde, para não aniquilar a segurança que se pretende conjugar à porosidade, de uma postura hermenêutica séria e ativa, atenta às balizas consagradas pelo ordenamento. Isto sobretudo pela razão de que:

o conceito de dano não tem 'essência', pois não é um 'dado' inscrito de uma vez por todas na natureza das coisas, mas um 'construído' e, mais ainda, é – para usar a expressão dos existencialistas – um 'conceito situado' no espaço cultural e no tempo axiológico. (...) Contudo, não seria admissível a livre, imprudente e incontrolada profusão de 'novos danos', não sendo conveniente deixar o tema ao tratamento exclusivo da criação jurisprudencial. O sistema carece – em nome da imprescindível segurança jurídica – da existência de certas bússolas legislativas aptas a viabilizar, por meio de águas revoltas, uma navegação relativamente segura (MARTINS-COSTA, 2014-a, p.420)

Para tanto, não basta a simples entoação de cânticos sobre as virtudes da imantação de textos normativos por forte carga valorativa, tampouco da difusão de compromissos retóricos em torno dela. A rigor, a seleção dos danos suscetíveis de reparação, mediante identificação segura dos interesses protegidos, somente tem o condão de atender ao propósito de estabilizar expectativas concernentes à reparação de danos se ganhar corpo o debate acerca da funcionalização dos institutos fundamentais de Direito Civil e, sobretudo, se inserida no bojo de exercícios conscientes de interpretação e aplicação do Direito. E isto não se tem verificado, de modo que não são raros pungentes, mas bastante razoáveis, reclamos de autores especializados, que, a esmo, procuram um pouco de ordem para proteger o jurisdicionado da desordem, como o seguinte:

Atualmente é possível definir o estudo da responsabilidade civil pelas incertezas, instabilidade e mutabilidade cada vez mais comuns, apresentando, frequentemente, soluções díspares para casos idênticos, transformando a responsabilidade civil contemporânea quase numa loteria.

(...)

Difícil definir quando a perturbação de nossas atividades normais, influenciando em nosso bem-estar, tranquilidade pessoal, ou o sofrimento pela morte de um animal de estimação devem ingressar no campo da reparação por danos.

(...)

O movimento é dinâmico, e a doutrina ainda não está oferecendo as respostas. Não é fácil encontrar critérios racionalmente sustentáveis para lidar com o problema, o que não raro faz com que a porosidade do sistema comprometa de algum modo a expectativa de segurança característica do ordenamento jurídico. Como efeitos colaterais perceptíveis podem ser citadas a litigiosidade e a vitimização da convivência social, numa realidade marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos. Resta aprofundar o debate e a funcionalização dos institutos na direção da solução dos problemas que já se tornam lugar-comum no cotidiano forense (EHRHARDT JUNIOR, 2012, pp.161 e 164).

Assim, conquanto não sejam raros acertos em matéria de identificação de novos interesses credores de tutela pela via do Direito de Danos, este domínio ainda é presidido por expressiva insegurança jurídica. O enfrentamento desta insegurança, aliás e a rigor, parece ser o fator decisivo para a outorga de verdadeira operabilidade ao modelo brasileiro codificado de reparação civil à luz da unidade constitucional<sup>204</sup>. E, conquanto seja problemático no que diz respeito aos novos danos, não é de todo insolúvel em matérias melhor consolidadas – ainda que, em todo caso, mereça urgente e austero aperfeiçoamento. Destarte, convém começar o desbravamento do modelo brasileiro nas circunstâncias prioritárias, seguidas das simples, para, posteriormente, avançar rumo às mais complexas e fugidias.

#### 4.3.3.1 Vida

---

<sup>204</sup> Isto a partir da constatação de que “A doutrina, de fato, tem falhado na elaboração dogmática dos novos critérios da responsabilidade civil e a jurisprudência, premida pelas necessidades impostas pela realidade social, vem desempenhando a tarefa por conta própria, criando um universo discricionário e, não raro, incoerente” (BODIN DE MORAES, 2012, p.xii).

A diretriz metodológica que prescreve seguir-se do mais simples ao mais complexo talvez recomendasse principiar a análise dos interesses mais ampla e facilmente reconhecidos pela judicatura como merecedores de tutela pela propriedade e outras posições jurídicas de cunho patrimonial. A primazia do direito à vida na ordem jurídica brasileira, contudo, trai esta advertência e exige estudo prioritário, inclusive do ponto de vista topográfico. A final, se a pessoa humana é o centro de imputação de direitos e deveres, inclusive no pertinente à apropriação patrimonial, razão não há para que se principie por via diversa<sup>205</sup>.

Desde a perspectiva da reparação de danos, a tutela ofertada ao direito à vida corresponde ao evento morte – ainda que, não raro, refira-se à preservação da vida em meio a esforços reparatórios referenciados por interesses outros, como o corpo e a saúde. Seu conteúdo normativo, mormente no que respeita ao marco inicial de sua proteção, é objeto de acirrada controvérsia, conforme relatado por Sarlet:

a controvérsia sobre o início da proteção da vida humana se desdobra em pelo menos duas grandes questões. A primeira, diz respeito à própria qualidade da proteção, se na condição de direito subjetivo (de um direito fundamental), ou na perspectiva apenas objetiva, mediante a noção de deveres de proteção e seus corolários, ou mesmo um somatório de ambas as possibilidades. A outra discussão se prende ao marco inicial da proteção jurídica da vida (concepção ou outro momento) antes do nascimento (com vida...), haja vista a diversidade de critérios já produzidos, cada qual reivindicando seu reconhecimento no mundo do Direito (2014, p.191).

Quanto à qualidade da proteção outorgada à vida, parece acertado, ao menos sob a ótica constitucional, considera-la um conjugado das duas possibilidades referidas. Ou seja: trata-se, a um só tempo, de posição jurídica (fundamental) protegida negativamente, como direito subjetivo no qual não se pode interferir, e positivamente, “implicando a obrigação, por parte do Estado e mesmo de particulares (a depender do caso) de medidas ativas de proteção da vida” (SARLET, 2014, p.189).

A medida de sua proteção oscila entre a certeza quanto ao termo final – a morte encefálica – e a incerteza respeitante ao termo inicial. É que, neste

---

<sup>205</sup> “Certo é que o direito à vida opera, para além de sua condição de direito fundamental autônomo, como ‘pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais’, verdadeiro ‘pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente’ (SARLET, 2014, p.188).



ponto, ainda que o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 4º (1), estabeleça que a vida se protege “em geral, desde a concepção”, o Supremo Tribunal Federal titubeia em cravar o começo de seu merecimento de tutela jurídica. Isto porque, ao julgar a ADI 3.510, que dizia respeito a pesquisas com células-tronco embrionárias, a Corte pareceu endossar a opinião de que não há titularidade do direito à vida antes do nascimento (com vida), conforme linha traçada pelo voto do relator, Min. Carlos Ayres Britto:

cogitando-se da personalidade numa dimensão **biológica**, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. (...) **Sujeito que não precisa mais do que de sua própria facticidade como natívivo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica.** (...) [E]ssa reserva de personalidade civil ou biográfica para o *natívivo* em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da ‘dignidade da pessoa humana’ (...), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém.** De nacionalidade brasileira ou estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’ (BRASIL, 2010, grifos originais).

Esta orientação, lida no contexto do caso, se deve ao fato de que embriões excedentários criopreservados jamais teriam a possibilidade de *vir a ser* pessoas, pois, em princípio, não seriam implantados no ventre materno. Deste modo, segundo o valioso comentário de Sarlet: “parece que, para o STF, há que traçar uma distinção entre embriões obtidos de modo artificial e não implantados, destituídos de proteção jurídica, e embriões implantados e daqueles que se desenvolvem a partir de uma concepção e fecundação convencional” (2014, p.192). É que estes têm, diante de si, a possibilidade concreta de gozar de uma vida encefálica.

Posteriormente, ao apreciar a ADPF 54, dizente com a inconstitucionalidade de interpretação de dispositivo do Código Penal no sentido de que o aborto de feto anencefálico seria punível, o Plenário não focou o termo inicial da proteção jurídica da vida, mas a inviabilidade da vida (digna) após o parto. Apesar disto, os votos dissidentes, de lavra dos Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, ressaltaram o merecimento de tutela da vida do nascituro, malgrado a carência de personalidade jurídica e mesmo se acometido

de moléstia grave que possa oferecer-lhe reduzida perspectiva de sobrevivência, pois, no dizer do Min. Peluso: “a vida intrauterina não pode, na ordem jurídica, ser classificada, para efeito de tutela, numa categoria axiológica inferior em relação à vida fora do útero” (BRASIL, 2013).

A questão, portanto, ainda é bastante nebulosa. Solução interessante, neste contexto, é oferecida por Chinelato e Almeida, que toma a nidação como momento decisivo à atração da proteção jurídica da vida humana:

somente se poderá falar em ‘nascituro’ quando houver nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação – momento em que a gravidez começa – que garante a sobrevivência do ovo, a sua viabilidade. Assim sendo, na fecundação ‘in vitro’, não se considera nascituro, isto é, a ‘pessoa’, o ovo assim fecundado, enquanto não for implantado no útero da futura mãe (1988, p.182).

Conquanto permaneçam as disputas em torno do início da proteção do direito à vida, este critério satisfaz, ainda que paliativamente, as carências da reparação de danos quanto à operativa delimitação do escopo protetivo desta posição jurídica. A morte do nascituro, portanto, configura ofensa (aniquilação) do direito à vida. Rende, pois, ensanchas à imputação, ao ofensor ou responsável, do dever de reparar os danos suportados pela vítima. Esta é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, que, ao apreciar e inadmitir o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.471.155/RN, confirmou a responsabilidade de Estado Federado por erro médico cometido por profissional atuante em hospital que integra sua Secretária de Saúde Pública. No caso, o médico e sua equipe não atentaram às circunstâncias que demandavam a submissão de gestante a cesariana, face a dificuldades na realização do parto natural. A má eleição do método para realização do parto, então, resultou na morte do nascituro, a qual culminou em condenação do Estado ao pagamento de substancial *quantum* compensatório em benefício da família enlutada. Conquanto este acórdão tenha apenas desprovido o Agravo Regimental para manter decisão que inadmitiu o Recurso Especial, a manutenção da decisão originária operou na linha estabelecida por iterativa orientação da Corte (cf. BRASIL, 2014-c).

Para além das recorrentes situações de erro médico, o merecimento de proteção da vida do nascituro pela via da reparação de danos é reafirmado em

casos bastante diversos, ainda que nem sempre com emprego das mesmas expressões valorativas. É o que demonstra o acórdão pelo qual a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgou o REsp 1.415.727/SC. Nesta ocasião, discutia-se a possibilidade de se reclamar o pagamento da importância segurada pelo Seguro DPVAT sob a rubrica *morte* em caso de cessação de vida intrauterina, pela gestante sinistrada. Discutia-se, pois, a cobertura do risco *morte de nascituro* por mecanismo caro ao fenômeno da coletivização da reparação de danos. No bojo desta controvérsia e após traçar panorama das diferentes correntes relativas à medida da proteção dos direitos do nascituro, o relator fez consignar que:

Hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

(...) No caso concreto, segundo penso, isso é o que basta para julgar procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina (BRASIL, 2014).

O voto do relator foi acompanhado pela unanimidade dos componentes da Quarta Turma, que deram provimento ao Recurso Especial. Ao assim decidir, o STJ, no uso de suas atribuições constitucionais, espancou quaisquer dúvidas que eventualmente pudessem pairar quanto à extensão da tutela outorgada à vida humana também em sua dimensão intrauterina – prévia ao nascimento com vida e, portanto, anterior à aquisição da personalidade jurídica.

A consagrada abertura ao reconhecimento da reparabilidade do dano consistente na morte do nascituro se deve à benevolência da tradição judiciária brasileira recente quanto à reparação de danos imateriais. Assim, não há grandes dificuldades técnicas na identificação de legitimados a litigar em prol da responsabilização do ofensor, tampouco na delimitação dos danos ressarcíveis em cada caso concreto, os quais podem abranger a compensação de dano moral, despesas médico-hospitalares pertinentes e até mesmo os aprestos.

A legitimidade para pleitear a reparação de danos gerados em função de infringência ao direito à vida de sujeitos dotados de personalidade jurídica, por seu turno, é atribuída aos dependentes da vítima primária, os quais podem reclamar não só a restituição de despesas tidas com funeral, como também a recomposição, pelo ofensor, do auxílio que o morto prestava ou deveria prestar a sua subsistência (art. 948, I e II, do Código Civil). Isto sem prejuízo de danos morais, cujo meandroso enfrentamento, por importar sobremaneira ao contraste entre os modelos de reparação civil cotejados, far-se-á em seção apartada.

#### 4.3.3.2 Corpo e saúde

A integridade psicofísica da pessoa humana é credora de ampla e agressiva proteção pelos mecanismos contemplados pelo Direito de Danos brasileiro. E nem poderia ser diferente, dada sua natural defluência da dignidade humana e o (também consecutório desta) reconhecimento da reparabilidade do dano existencial. O objeto de proteção, neste giro, é a intangibilidade do corpo e do psiquismo do ser humano, na dimensão maior de seu bem-estar. Toda sorte de lesão intrusiva e não consentida ao corpo e à saúde de qualquer pessoa, portanto, constitui fundamento bastante ao ajuizamento de demanda reparatória plausível em face do ofensor. Assim, tal qual consignado quando da apreciação do modelo alemão, o escopo tutelar destes interesses é compreensivo de uma imensa gama hipóteses lesivas reconhecidas pela comunidade jurídica, as quais vão da obviedade de lesões corporais por agressão ou acidente automobilístico até a gravidez indesejada, passando por infecções hospitalares, contração de doenças e distúrbios psicológicos.

Muito embora sejam comuns demandas reparatórias evidentemente fundadas na ocorrência de danos ao corpo e à saúde, não são raros casos em que os Tribunais se referem a estes interesses de maneira incerta e oscilante. Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de sua Terceira Turma e sob relatoria da Ministra Denise Arruda, ao julgar o Recurso Especial nº 910.794/RJ, entendeu que a amputação de braço de recém-nascido, causada por erro médico consistente em punção axilar imperita, resultante em coágulo sanguíneo que bloqueou a irrigação do membro, configuraria “violação

do direito à dignidade e à imagem da vítima”, além de dano estético. Ora, em que pese a qualificação procedida pela Corte, é evidente que o caso diz respeito a lesão à *integridade psicofísica da vítima e de seus parentes próximos*, que também foram contemplados por compensações em virtude do sofrimento de danos morais em ricochete. Outro não é o sentido extraído do seguinte excerto:

é devida a condenação cumulativa do Município do Rio de Janeiro à reparação dos danos moral e estético causados à vítima, na medida em que o recém-nascido, cujo membro superior foi amputado em virtude de erro médico, obteve grave deformidade – prejuízo de caráter estético – e teve seu direito a uma vida digna seriamente atingido – prejuízo de caráter moral. Inclusive, a partir do momento em que a vítima adquirir plena consciência de sua condição, a for, o vexame, o sofrimento e a humilhação certamente serão sentimentos com os quais ela terá de conviver ao longo de sua vida, o que confirma ainda mais a efetiva existência de dano moral (BRASIL, 2008).

A consagração da responsabilidade do ente público responsável pelo funcionamento do nosocômio onde ocorrido o dano, portanto, confirma o sobranceiro merecimento de tutela reparatória do corpo e da saúde da pessoa humana.

A exemplo da proteção ao direito à vida, a extensão da tutela conferida ao corpo e à saúde compreende lesões pré-natais, mesmo que o nascimento com vida não venha a ocorrer. Isto em virtude da contemplação, pelo modelo brasileiro, do plexo de direitos reconhecidos ao nascituro. Inexiste encadeamento de julgados acerca deste apontamento, tampouco precedente específico que lhe confirme, mas seu acerto se confirma pelas colocações realizadas quando da apreciação da tutela da vida do nascituro e pelo volumoso conjunto de julgados acerca de sua capacidade processual inclusive para reclamar atendimento médico pré-natal (cf. CHINELATO E ALMEIDA, 2007, pp.222-232).

Para além de situações como estas, nas quais se pode verificar, com tranquilidade, a efetiva infringência ao corpo e à saúde das vítimas, a intransigente proteção destes interesses a elas não se limita. Isto é: mercê de determinadas dificuldades quanto à prova, são bastante plausíveis casos de sucesso em demandas reparatórias fundadas em danos à saúde advindos, *e.g.*, da contaminação do solo por produtor químicos, em função de seu mau acondicionamento por longos períodos. É o que se verifica no acórdão pelo qual

a Segunda Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Humberto Martins, pôs termo ao REsp 1.454.153/RJ. Neste caso, debateu-se a responsabilidade da União Federal por danos à saúde dos autores, os quais foram causados pela contaminação do solo por pesticidas mal acondicionados nas instalações do Instituto da Malariologia, capitaneado pelo Ministério da Saúde e desativado ainda em 1961. A final, manteve-se o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, que condenou a União a compensar os prejuízos morais suportados pelos autores, bem como a custear sua mudança de residência e eventuais tratamentos médicos, inclusive na rede particular (BRASIL, 2014-a).

Sob o albergue da proteção ao corpo e à saúde, emergem, ainda, as complexas questões respeitantes ao desenvolvimento da biotecnologia e de suas consequências para o ser humano. Esta seara, regulada em meio a titubeios e hesitações (já se viu o exemplo da ADI 3510, na qual se discutia a constitucionalidade de dispositivo da Lei de Biossegurança permissivo do emprego de embriões criopreservados em pesquisas científicas), é campo fértil para o avanço da reparação civil brasileira, por cujos mecanismos pode vir a se deflagrar esforços mais amplos quanto à promoção de debates conducentes a sua normatização (cf. BODIN DE MORAES, 2006, pp.125-132, e CORTIANO JUNIOR, 1998, pp.51-53).

Enfim e como já exemplificado pelos comentários à decisão respeitante ao dano decorrente da amputação de braço de recém-nascido, o modelo brasileiro contempla, também, os danos decorrentes de estresse pós-traumático. E o faz com notável frouxidão, face não a qualquer atecnia na identificação do dano reflexo, mas à liberdade com que se trabalha com a noção de dano moral. Assim, sobretudo pelo fortalecimento das diretrizes de reparação integral e da reparação natural, lesões à integridade psicofísica ocasionam possibilidade plausível de se demandar o reembolso ou o custeio de tratamento médico, a perda de tempo útil e outros prejuízos econômicos diretamente decorrentes da lesão, bem como a compensação dos danos extrapatrimoniais indevidamente suportados pela vítima direta ou indireta do evento lesivo.

#### 4.3.3.3 Liberdade(s)

A liberdade (ou as liberdades) da pessoa humana, por serem constitutivas do cerne da dignidade que lhes é imanente e porque indispensáveis à concretização desta, são bastante festejadas pela literatura jurídica em geral, sobretudo na dimensão *liberdades civis*. Apesar disto, sua invocação nominal no âmbito da atuação dos mecanismos reparatórios contemplados pelo modelo brasileiro é incomum. Vale dizer: raras são as decisões judiciais respeitantes à atribuição do dever de reparar que expressamente vislumbram, no evento danoso, ofensa ao exercício de determinadas liberdades. Em rigor, o vocábulo *liberdade* é muito mais recorrente em situações nas quais há conflitos entre diferentes interesses protegidos e se procede a um juízo de ponderação (questão que será abordada adiante, em tópico apartado), os quais costumam resultar na submissão desta ou daquela liberdade (usualmente, as liberdades de expressão e de imprensa) em prol de outro interesse jurídico (e.g. honra e imagem), com a ressalva já tradicional de que liberdades não são direitos absolutos.

Situações nas quais se verifica, de maneira cabal, a ocorrência de ofensas a liberdades elementares, entretanto, são ampla e agressivamente combatidas pela via reparatória. É o caso das liberdades ceifadas pela prisão ilegal ou indevida, recorrentemente enfrentado pelos Tribunais brasileiros e sintetizado pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 383.943/SP, por sua Segunda Turma e sob relatoria do Ministro Celso de Mello:

a situação de fato que gerou o gravíssimo evento narrado neste processo (prisão cautelar de pessoa inocente) põe em evidência a configuração, no caso, de todos os pressupostos primários que determinam o reconhecimento da responsabilidade objetiva da entidade estatal (BRASIL, 2010-a).

Circunstâncias análogas, nas quais a ofensa à liberdade não provém de atuação invasiva do Estado, também têm o condão de render ensanchas à ocorrência de dano reparável e à atribuição do dever de reparar ao agente lesante. É o que confirma o acórdão por intermédio do qual a Quarta Turma Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,

pôs termo ao Recurso Especial nº 265.133/RJ (cf. BRASIL, 2000). Nesta ocasião, debateu-se a responsabilidade de loja de departamentos pela retenção de pessoa tida por suspeita de furto e de falsidade ideológica, em sala apropriada para interrogatório. Decidiu-se, sem prejuízo de eventual caracterização do delito de cárcere privado, pela ocorrência de um dano reparável, dada a flagrante ofensa à liberdade (e à honra) da pessoa ilicitamente detida pelos seguranças do estabelecimento – e que somente conseguiu deles se desvencilhar mediante intervenção policial.

A falta de iterativo reconhecimento expresso do merecimento de tutela das liberdades em circunstâncias menos elementares, contudo, não significam que aquelas passem ao largo das preocupações dos operadores do modelo brasileiro codificado de reparação civil. É que, não raro, tutela-se a liberdade (em quaisquer de suas variadas facetas e dimensões) mediante o resguardo de outra posição jurídica protegida<sup>206</sup>. Consequentemente, para além dos casos em que flagrante a violação de liberdades humanas elementares, há diversos julgados nos quais, muito embora não se refira expressamente ao interesse jurídico *liberdade(s)*, protegem-se posições jurídicas albergadas pelos plúrimos sentidos deste significante. Conclusão diversa não é autorizada pelo teor do acórdão pelo qual a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Min. Nancy Andrighi pôs termo ao Recurso Especial nº 1.096.325/SP (cf. BRASIL, 2009-a). Tratava-se de um dos célebres casos das pílulas de farinha – isto é: de gestações indesejadas causadas pela ministração de anticoncepcionais sem princípio ativo (comprimidos para teste de maquinário), indevidamente postos no mercado pelo fabricante. O STJ, nesta ocasião, vislumbrou, por vias não muito iluminadas, a ocorrência de dano ao projeto de vida da gestante, que teve sua liberdade positiva (a liberdade realizar e seguir um planejamento familiar, segundo a vontade da mulher ou do casal) ceifada por fato atribuível ao laboratório produtor do fármaco. Neste particular, Pianovski Ruzyk, em estudo

---

<sup>206</sup> Os sentidos atribuídos às liberdades são plúrimos e sujeitam-se a constantes mutações. Assim, por exemplo, fala-se na ruína da vetusta equivalência entre liberdade e autonomia privada, a qual teria conduzido à verificação de que “O princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier” (BODIN DE MORAES, 2006, p.136).



deste julgado, após detida análise do acórdão e descrição do atual estado da arte da responsabilidade por danos, crava: houve vilipêndio a uma liberdade positiva, "uma 'liberdade vivida', tomada como autodeterminação, como decisão da própria pessoa sobre os rumos do seu agir e do trajeto de sua história pessoal" (PIANOVSKI RUZYK, 2011, p.300).

Destarte, conquanto haja uma certa recalcitrância no emprego do vocábulo *liberdade* como interesse protegido considerado na construção e na atuação do modelo brasileiro codificado de reparação civil, seu merecimento de tutela é inequívoco. Transcende, ainda, a limitada extensão de acepções monolíticas, de modo que, em consonância com a estrutura flexível da sistemática da reparação de danos brasileira, está à mercê de sensatos exercícios de judicatura.

#### 4.3.3.4 Propriedade

A contemplação da propriedade, em sentido amplo ou estrito, pelo rol de interesses protegidos pelo modelo brasileiro de reparação civil é de fácil verificação e de bem menos tormentosos contornos que sua correspondente no direito teutônico. Isto porque o Direito brasileiro é estranho à repulsa conceitual dos alemães ao chamado dano puramente econômico. O conteúdo e a medida da tutela ofertada à propriedade, todavia, tem peculiaridades curiosas, credoras de breves pontuações.

A propriedade, tomada como “direito complexo, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto” (v. GOMES, 2012, p.104), já deu o tom da responsabilidade civil brasileira. Reinava sobranceira no contexto normativo anterior à consolidação multimensional do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, dados os marcantes traços patrimonialistas que o timbravam (malgrado a referência, sempre gizada, no sujeito de direito). Assim:

Claramente, o efeito desta alteração na interpretação-aplicação dos institutos civilísticos tem sido notável e, deve-se mesmo afirmar, ainda não está completamente realizada. As influências do contexto histórico

burguês e liberal em que o Direito Civil era concebido, como regulação mínima para garantir o livre jogo dos negócios, voltado unicamente para a proteção do patrimônio, fundado exclusivamente na tutela da propriedade e da autonomia privada de cunho econômico e que erigia o Código Civil como centro do sistema, vão porém se dissipando paulatinamente (BODIN DE MORAES, 2006, p.234).

O cuidado primacial da propriedade e do patrimônio, em detrimento de interesses outros, de cariz eminentemente existencial, contudo, cedeu aos influxos da constitucionalização e à força normativa dos fatos sociais. Consagrou-se, assim e ao menos no plano enunciativo, aquilo que se alcunha, com muita felicidade, de *foyer* da pessoa (cf. CARVALHO, 1981, pp.90-92). Este movimento não cria antagonismos, nem distâncias. Antes, indica juízos de primazia, não apenas da Constituição sobre o Código, mas também da pessoa sobre o patrimônio. Assim, sem embargo da maior robustez, atualmente, de vertentes personalistas em relação a questões patrimoniais, a propriedade (já não mais aquele direito sacralizado dos novecentos) integra o corpo de interesses juridicamente protegidos pelo modelo brasileiro de reparação civil.

O objeto de proteção, neste quesito, é de fácil verificação: resguardam-se os poderes proprietários em sua plenitude (ressalvadas discussões acerca da função social, em cada caso concreto) e a integridade da coisa e de suas utilidades. Assim, qualquer diminuição dos poderes proprietários que exceda a função social da propriedade, não apenas em abstrato, mas também no sentido de danos substanciais a determinadas coisas, em espectro que alcança desde sua destruição pura e simples até o infligir de avarias, podem, em tese, ensejar o reconhecimento e a imputação do dever de reparar.

Nesta singra, destruição de veículo em acidente automobilístico implica, para o lesante, o dever de restituir o lesado ao estado de coisas prévio ao sinistro. Isto é: o dever de ressarcir valor equivalente ao do veículo perdido em função daquele, ainda que tenha sido adquirido mediante parcelamento e sem qualquer abatimento dos salvados, que somente interessam às companhias seguradoras e aos agentes atuantes no mercado de ferragens (BRASIL, 2007). Da mesma maneira, incêndio em imóvel rural, provocado pelo espriamento de queimada realizada em imóvel contíguo, rende, para o titular deste, responsabilização na esfera civil. Isto ainda que a queimada tenha sido deflagrada por terceiro e sem prejuízo das esferas penal e administrativa, face à

potencial configuração de crime ambiental. É o que julgou o STJ, ao apreciar o REsp 1.381.211/TO, por sua Quarta Turma, sob relatoria do Ministro Marco Buzzi, que assim asseverou:

Não obstante a análise do caso à luz dos ditames da responsabilidade civil ambiental, a conclusão encerrada na hipótese dos autos justifica-se, outrossim, sob a ótica do Direito Civil (em sentido estrito), notadamente porque aplicável a responsabilidade objetiva decorrente da violação de direitos de vizinhança, os quais coíbem o uso nocivo e lesivo da propriedade.

Ressalte-se, no particular, que os danos ambientais reflexos ou por ricochete, a par de ensejarem a aplicação dos ditames da responsabilidade civil ambiental, podem ser reparados com base na violação de direitos de vizinhança (BRASIL, 2014-b).

É dizer: o dano à propriedade (e ao meio-ambiente), configura interesse sobranceiramente tutelado, mesmo em face de disfunções no aproveitamento do direito de propriedade por terceiros, sobre imóveis outros, ainda na simples condição de possuidor indireto.

#### 4.3.3.5 Outros interesses: tradição e inovação

Vida, integridade psicofísica, liberdades e propriedade são interesses visceralmente ligados aos institutos fundamentais do Direito Civil e à razão de ser das normativas privadas, a dignidade humana (cf. CORTIANO JUNIOR, 1998, p.34). Seu merecimento de tutela reparatória, mesmo à míngua de prescrições legais específicas, é, portanto, indubitável. Da mesma maneira, outros interesses ditos absolutos, como a posse, os direitos de autor, a propriedade industrial e demais posições jurídicas oponíveis *erga omnes* são resguardadas de ingerências indevidas pela via da reparação civil – à problemática concernente aos danos extrapatrimoniais, como já se disse, reserva-se tópico apartado. Esta sorte de interesse, portanto, não enseja dificuldades quanto à percepção de que, em princípio, é credora de proteção civil (sem prejuízo, evidentemente, das esferas penal e administrativa).

Poucas dúvidas há, igualmente, quanto à receptividade do modelo em estudo a interesses análogos, surgidos *ex novo*, por derivação ou por especificação. Deste modo, a predominante atipicidade do modelo brasileiro

torna clarividente a esterilidade de qualquer tentativa de confinamento dos interesses por si tutelados a um rol aprioristicamente estipulado. Assim, conquanto se possa reconhecer correspondência entre os interesses protegidos pelo modelo alemão e as posições jurídicas que, segundo análise até aqui empreendida, são albergadas pela sistemática brasileira, esta àquelas não se limita. Bem ao contrário: extrapola, com notoriedade. E não se está a falar, por evidente, nas hipóteses de dano reconhecidas pela legislação esparsa – como o dano ambiental, consagrado pela Lei 6.938/1981, de determinadas modalidades de dano inatas às relações de consumo, previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990)<sup>207</sup> –, mas de identificação, dentro dos fluidos esquadros do modelo brasileiro, de novas e mais variadas posições jurídicas credoras de tutela pela via da reparação de danos – cite-se, e.g., a *chance*, cuja autonomia na condição de interesse protegido (e portanto, em caso de fulminação por fato alheio, também de dano reparável) é objeto de interessantes discussões<sup>208</sup>.

Os grandes desafios postos à reparação civil brasileira, especialmente no que pertine aos chamados novos danos, reportam-se à dimensão extrapatrimonial. É nela que se travam as constantes e emaranhadas discussões a respeito dos caminhos da reparação de danos (e, com maior amplitude, do Direito como um todo); onde roubam a cena as intersecções entre reparação

---

<sup>207</sup> A multiplicação de hipótese de dano transindividual revela importante viés dos problemas que arrostam o contemporâneo Direito de Danos brasileiro, para além do adiante enfrentado, que ora se adianta: “Se a abrangência do dano aumenta para atingir interesses transindividuais, não é mais possível pensar a responsabilidade civil a partir de uma estrutura individualista e eminentemente patrimonial. A responsabilidade, enquanto instrumento para proteção de direitos fundamentais, num contexto de pluralidade de fontes normativas, não pode se limitar ao binômio dano-reparação, sendo importante analisar a questão dos custos sociais necessários à proteção da pessoa humana e o papel do intérprete na tutela de uma noção de dignidade cada vez mais vinculada à solidariedade e igualdade substancial, razão pela qual o ponto de partida está na funcionalização das situações patrimoniais às existenciais para a construção de uma nova dogmática que vem se desenvolvendo mediante utilização de cláusulas gerais para delimitação de deveres gerais de conduta nas relações entre particulares” (EHRHARDT JUNIOR, 2012, p.158).

<sup>208</sup> À parte toda a controvérsia existente, que em muito excede o propósito desta pesquisa, razão parece ter Gondim, para quem a perda da chance “Será um dano específico para a análise dos pressupostos e averiguação da responsabilidade civil, sem que para tanto sejam necessárias criações e interpretações, especialmente, do nexo causal. Mas, será um dano dependente do resultado final para a sua existência. Porque, se a vantagem esperada foi obtida ou o prejuízo final não se concretizou, não se fala em chance perdida, visto que não foi interrompido o curso natural dos acontecimentos a ponto de não permitir que o ganho que se almeja deixasse de acontecer, bem como porque o prejuízo que deveria ser impedido, assim o foi” (2010, pp.154-155).

integral, solidariedade social e tutela prioritária do interesse da vítima, das quais se erigem os pilares sustentadores do hodierno Direito de Danos pátrio.

#### 4.3.4 Demais espécies de danos pessoais: extrapatrimonialidade e juízos de ponderação

O Direito Civil brasileiro contemporâneo, constitucionalizado e aberto à pluralidade, tem, como grande norte, a proteção e a promoção da dignidade humana<sup>209</sup>. Isto sem prejuízo dos demais fundamentos da República, como a solidariedade social, e das incontáveis e valiosíssimas diretrizes constitucionais de elevada carga axiológica, como a liberdade, a igualdade e a segurança jurídica. Todas as estas enunciações, tomadas ilustrativamente, imantam os institutos fundamentais de Direito Civil e os direcionam ao referido polo personalista. Assim:

O Direito Civil deixa de ser marcado pela propriedade, contrato, testamento e família. Uma contemporânea visão do direito procura tutelar não apenas estas figuras pelo que elas representam em si mesmas, mas deve tutelar certos valores tidos como merecedores de proteção: a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si (...). Ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele significa: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa (CORTIANO JUNIOR, 1998, pp.32-33).

A concretização da tutela prioritária dos interesses da pessoa sobre os valores patrimoniais que tradicionalmente timbram o Direito Privado, especialmente no contexto do Estado Constitucional brasileiro, opera, entre outras frentes, pela via do reconhecimento sobranceiro do crédito de proteção da personalidade humana e, conseqüentemente, pela confirmação da reparabilidade do dano moral. Este, malgrado ainda embebido no rançoso caldo

---

<sup>209</sup> “o princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do Direito Civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico” (BODIN DE MORAES, 2003, p.116).

de uma arraigada noção subjetiva<sup>210</sup>, que o confunde com dor, sofrimento, vexame e humilhação que transcenda(m) parâmetros de normalidade, cresce em sua acepção objetiva, de lesão a direito de personalidade (que pode ter, como consequência, os referidos sentimentos)<sup>211</sup>. Assim, pouco a pouco e por conta da atuação verdadeiramente sísifca de autores especializados, a correta e tecnicamente refinada acepção de dano moral como lesão a direitos de personalidade se afirma como pressuposto à atuação dos Tribunais nesta seara. Isto é tornado claro pelo acórdão que pôs termo ao REsp 1.245.550/MG, proferido pela Quarta Turma do STJ, no qual se assentou que o absolutamente incapaz, mesmo que seja infenso a detrimento anímico, pode ser vítima de dano moral (no caso, tratava-se de deficiente mental, mas o raciocínio se aplica, também, a recém-nascidos e outros incapazes de perceber e assimilar a ofensa a sua personalidade). Eis a fundamentação para tanto invocada:

o dano moral se caracteriza pela ofensa a determinados direitos ou interesses. O evento danoso não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, consequências do dano, seu resultado. (...) Os bens jurídicos, cuja afronta caracteriza dano moral, são aqueles denominados pela doutrina como direitos da personalidade. São estes os reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade.

(...)

Nesse passo, importante destacar que há na jurisprudência deste Tribunal Superior precedentes que visualizam a configuração do dano moral, por violação a direito da personalidade, em relação a sujeitos cujo grau de discernimento é baixo ou inexistente e, naquelas decisões, o estado da pessoa não foi motivo suficiente ao afastamento do dano (BRASIL, 2015).

---

<sup>210</sup> “É corriqueiro encontrar, conectadas à expressão *dano moral*, como se descrevessem o seu conteúdo, as palavras ‘frustração’, ‘vexame’, ‘humilhação’, ‘constrangimento’, ‘mal evidente’, ‘vergonha’, ‘desgosto’, ‘aflição’, ‘emoções negativas’, ‘desconforto’, ‘constrangimento’ (*sic*), ‘aborrecimento e humilhação’ ou ‘sentimento ruim’, tomando-se por ‘ofensa ao sentimento íntimo’ o que, para o Direito, haveria de ser injusta lesão ao direito de ser respeitado e de gozar da consideração devida a todos os seres humanos” (MARTINS-COSTA, 2014, p.7080).

<sup>211</sup> A acepção subjetivista do dano moral, correspondente, com alguns temperos, a conceito elaborado pela literatura francesa nos anos de 1940. Foi abertamente adotada pelo STF e pelo STJ ao longo da década de 1990, mas perde força pelo reconhecimento de que “a reparação dos danos morais não pode mais operar, como vem ocorrendo, no nível do senso comum. Sua importância no mundo atual exige que se busque alcançar um determinado grau de tecnicidade, do ponto de vista da ciência do direito, contribuindo-se para edificar uma categoria teórica que seja elaborada o suficiente para demarcar as numerosas especificidades do instituto. A ausência de rigor científico e objetividade na conceituação do dano moral têm gerado obstáculos ao adequado desenvolvimento da responsabilidade civil além de perpetrar, cotidianamente, graves injustiças e incertezas aos jurisdicionados” (BODIN DE MORAES, 2006, p.244).

Para além das situações autoevidentes em que há ofensa à personalidade humana, esta aceção objetiva do dano moral serve de parâmetro à resolução de casos nos quais se verifica a lesão a direito de personalidade extensível às pessoas jurídicas. Exemplo esclarecedor é trazido pelo acórdão pelo qual a Terceira Turma do STJ, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, proveu o REsp 1.032.014/RS, no qual se discutia a qualificação de contrafação de marca como dano moral a pessoa jurídica:

a premissa de fundamental importância para o deslinde da presente controvérsia é que o dano moral da pessoa jurídica corresponde, hoje em nosso sistema legal, à lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro.

Estabelecido este ponto de partida, deve-se questionar se o direito a marca integra a personalidade do seu titular. A resposta é negativa. A marca apenas designa um produto e sua violação traz diretamente danos materiais. (...).

Ocorre que o problema não se esgota nessa primeira observação. (...) A contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado. (...) Nessa linha de raciocínio, a usurpação de marca alheia pode ser vista como a violação a esse essencial direito de personalidade, qual seja, o direito à identidade.

Como bem destaca Carlos Alberto Bittar, a identidade é certamente um desses direitos de personalidade extensíveis às pessoas jurídicas (BRASIL, 2009)

A questão da reparabilidade do dano moral suportado por pessoa jurídica, conquanto tormentosa em sua origem, hoje está apaziguada pela orientação que o STJ fez sumular no verbete de número 227<sup>212</sup>. Isto apesar das fortes críticas que alguns setores da literatura lhe direcionam, até em privilégio à personalidade humana, em contraste com assuntos patrimoniais (cf. TEPEDINO, 2013, pp.12-13).

Superada a compensabilidade do dano moral e delimitado seu sentido, segundo critérios referendados pela boa técnica jurídica, o problema passa a recair sobre seu escopo de proteção; sobre a qualidade dos direitos de

---

<sup>212</sup> “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

personalidade<sup>213</sup>. A questão, outrora arrostada desde as perspectivas contrastantes da tipicidade e da generalidade, suscitou acalentados debates na literatura, especialmente em função da importação de opiniões prevalentes em outras experiências jurídicas. Este preliminar aspecto seu foi solapado pelo advento da Constituição Federal de 1988 e da conseguinte tomada de consciência, pelo Direito Civil, de seu pertencimento a um ordenamento constitucional unitário e complexo, fundado na proteção da pessoa humana. Isto malgrado a inexistência, no Código de 2002 ou na Constituição Federal, de qualquer menção expressa confirmadora desta tutela ampliada<sup>214</sup> (cf ANDRADE, 2013, pp.86-87). Destarte:

se o positivismo reinante no século passado fez vigorar proteção tipificada da personalidade, o período pós-guerra fez crescer o sentimento da necessidade de uma proteção genérica à personalidade humana (...). Não podem restar dúvidas de que o Brasil fez a opção pelo direito geral de personalidade (ao lado da proteção tipificada, seja em leis esparsas, seja no projeto do Código Civil, e trâmite legislativo): o preâmbulo constitucional é taxativo ao afirmar que a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos de nossa sociedade, assegurados pelo Estado de Direito. Além disso, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República (art. 1º) e é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º). A tipificação dos direitos da personalidade deve ser entendida e operacionalizada em conjunto com a proteção de um direito geral da personalidade (um e outro se completam). Onde não houver previsão tipificada, o operador do direito leva em consideração a proteção genérica (CORTIANO JUNIOR, 1998, pp.46-47).

O Direito Civil-Constitucional brasileiro, portanto, não concede à tipificação dos direitos de personalidade. Antes, privilegia o chamado direito geral de personalidade, que se poderia traduzir, contemporaneamente, como

---

<sup>213</sup> É que “no atinente ao dano extrapatrimonial, não se estabeleceu, ainda, uma firme e sólida construção dogmática acerca dos limites do *interesse indenizável*, como ocorreu, ao longo dos séculos, quanto à responsabilidade por dano patrimonial” (MARTINS-COSTA, 2014, p.7075).

<sup>214</sup> “A Constituição Federal de 1988 não fazer [sic] referência expressa à cláusula geral, mas a articulação entre os princípios constitucionais faz deduzir a presença dessa cláusula geral, figurando a dignidade da pessoa humana como seu principal fundamento ao lado da liberdade e da igualdade. De sorte que em não sendo respeitada a autodeterminação, o livre desenvolvimento e a identidade, restará ineficaz a cláusula geral de tutela da pessoa, bem como esvaziado o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana” (BEZERRA DE MENEZES e GONÇALVES, 2012, p.112).



*cláusula geral de tutela da personalidade*<sup>215,216</sup>. Daí se dizer que os “direitos das pessoas estão, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana” (BODIN DE MORAES, 2006, p.144). Como consequência natural desta opção:

Um eventual tratamento de diversas hipóteses particulares de direitos da personalidade não deve induzir ao pensamento de que a proteção da pessoa humana seja fragmentada. Pelo contrário, pelo estudo apartado das especificidades de cada grupo de casos é possível chegar a uma tutela específica e eficaz para cada caso (DONEDA, 2005, p.82).

A ductilidade inerente à promoção de tutela da personalidade<sup>217</sup> por intermédio de uma cláusula geral<sup>218</sup> clama pela busca de critérios de aplicação e estabilização permissivos da outorga de amplíssima proteção à pessoa, sem

---

<sup>215</sup> “A posição da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República (Constituição Federal, art. 1º, II e III), juntamente com as garantias de igualdade material (art. 3º, III) e formal (art. 5º), ‘condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte’ e marcam a presença, em nosso ordenamento, de uma *cláusula geral da personalidade*. Tal cláusula geral representa o ponto de referência para todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo com decisão a prioridade a ser dada à pessoa humana” (DONEDA, 2005, p.82). No mesmo sentido: “A doutrina estrangeira, notadamente a italiana e a portuguesa, propaga a defesa do direito geral de personalidade, em crítica a compreensão dos direitos de personalidade em crítica a compreensão dos direitos especiais tipificados em *numerus clausus*. A justificativa de direito geral de personalidade é que a tutela da pessoa não pode ficar adstrita aos casos previstos na legislação originária. Se assim fosse, mesmo no Brasil, o próprio direito à identidade, que inegavelmente é tradução da personalidade, ficaria desguarnecido por não apresentar artigo correspondente no capítulo da personalidade do Código Civil de 2002” (BEZERRA DE MENEZES e GONÇALVES, 2012, p.111).

<sup>216</sup> A adequação da correspondência entre a vetusta expressão *direito geral de personalidade* e a contemporânea noção de *cláusula geral de tutela da personalidade* é desafiada, entre outros, por Tepedino, que assim entende: “a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais (...) configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento. Tal perspectiva não se confunde com a construção de um único direito geral de personalidade, significando, ao contrário, o ocaso da concepção de proteção da pessoa humana associada exclusivamente à atribuição de titularidade e à possibilidade de obtenção de ressarcimento” (2013, p.11).

<sup>217</sup> “A personalidade é, conseqüentemente, não um ‘direito’, mas um *valor*, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. (...) tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas” (BODIN DE MORAES, 2006, p.144).

<sup>218</sup> “O caráter extremamente aberto do comando de tutela da personalidade, como incorporado, hoje, pela esmagadora maioria das Constituições, afasta uma utilidade concreta definitiva que pudesse se lhe atribuir como critério selecionador dos danos ressarcíveis” (SCHREIBER, 2012, p.124).

que os verbetes para tanto utilizados se banalizem e sem que a própria reparação de danos tenha diluídos seus propósitos e utilidade. Neste diapasão, é valioso o alerta de que:

nem o recurso à cláusula geral de tutela da dignidade humana nem as suas especificações conceituais mais comuns têm se mostrado aptas a servir direta e definitivamente de critério para a seleção dos interesses merecedores de tutela. (...) A alusão descomprometida à dignidade humana periga resultar, ao contrário, na banalização justamente daquilo que mais se pretende proteger, de forma semelhante ao que começa a ocorrer no direito brasileiro com a boa-fé objetiva (SCHREIBER, 2012, p.126).

Os critérios indispensáveis ao trato com a abertura imanente à série de situações existenciais albergadas pela cláusula geral de tutela da personalidade, ensejadora de uma crescente de complexidade em termos de reclamos de tutela dos valores da pessoa, portanto, afiguram-se como problema. Problema, este, que deságua na tormentosa questão da segurança jurídica em sentido substancial, na medida em que é o intérprete quem abaliza os interesses conflitantes em cada caso concreto e quem define, a partir deste cotejo, aquele que prevalece em cada demanda reparatória.

No que diz respeito às situações em que se verifique, em concreto, a colisão de dois interesses juridicamente tutelados, tem-se clamado pela necessidade de realização de um sensato exercício de ponderação. Assim:

a própria noção de dano, entendida como lesão a um interesse merecedor de tutela, converte-se, a partir da libertação das amarras do direito subjetivo, em uma cláusula geral de impressionante amplitude. Diante de tudo isto, *hoje, não são poucos os civilistas a sustentarem que a seleção dos interesses merecedores de tutela, para fins de aferição do dano, demanda a ponderação entre o interesse da vítima e o interesse do agente cuja conduta se afigure lesiva*. Exige-se a avaliação 'simultânea e sintética, e não independente e estática' do comportamento lesivo e do interesse lesado. Conclui-se, neste sentido, que *'o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta ilícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida'* (SCHREIBER, 2012, p.155. Grifou-se).

Estes reclamos têm repercutido na magistratura, que não hesita em promover, em cada caso concreto, o sopesamento de interesses conflitantes, a fim de identificar a prevalência de um sobre outro e assentar eventuais consequências jurídicas, sobretudo de ordem reparatória. A adesão a este

desafio metodológico é notável na seara jornalística, onde pululam circunstâncias conflituosas polarizadas, de um lado, por algum aspecto da personalidade e, de outro, pela liberdade de expressão, de informação ou de imprensa. Nestes conflitos, que raramente compartilham traços comuns, o caráter reciprocamente não excludente dos interesses em jogo se faz notar com autoridade. Eloquentes exemplos da oscilação inerente ao sopesamento promovido em concreto pelas Cortes é o contraste justificado entre a prevalência da honra sobre a liberdade de expressão no acórdão pelo qual a Terceira Turma do STJ julgou o Recurso Especial 1.021.688/RJ e o acórdão pelo qual a Quarta Turma pôs termo ao Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 606.415/RJ, cuja solução contrasta com a ofertada por aquele, sem desviar de exigências de adequada fundamentação.

No primeiro caso, discutia-se a responsabilidade de grupo editorial pela veiculação, em capa de revista de grande circulação, de foto de atleta famoso envolvido em acidente automobilístico fatal, com menção destacada a seu ambíguo apelido de '*animal*' – a chamada empregou a expressão "animais no volante". Argumentou-se que a afetação da notícia do acidente à carga pejorativa agregada ao epíteto que lhe fora originalmente conferido pela imprensa esportiva configuraria inadmissível ofensa a sua honra. O relator originário, Ministro Massami Uyeda, deu parcial provimento ao recurso interposto pela Editora, mas manteve sua condenação à reparação dos danos morais suportados pelo Jogador em decorrência de vilipêndio a sua honra. O Ministro Sidnei Beneti e o Desembargador convidado Vasco della Giustina divergiram do relator, para reconhecer que, naquele caso concreto, deveria prevalecer a liberdade de expressão e informação. Disse, a propósito, o Ministro Beneti:

pode-se admitir que a publicação tenha causado consequência de aborrecimento ao Autor. Mas não foi ela, a revista, quem forneceu as condições fáticas para esse sofrimento. Não foi ela, a revista, quem criou o termo e a imagem, que já se encontravam introjetadas na opinião pública, que já a recebia de forma positiva, ora negativa, dependendo das circunstâncias que se juntassem aos fatos da vida, nem desencadeou ela os fatos de trânsito que levaram à lembrança da figura pública do autor na matéria jornalística.

O termo e a imagem terão sido positivos para o autor em momentos em que o epíteto e a figura agregadas à pessoa tenham sido relevantes para as vitórias esportivas e pessoais e para o proveito econômico nas negociações de imagem. Mas é claro que poderia ser negativa, em instantes e fatos diversos, como o do infausto acidente, que se

incrustou à própria imagem do Autor, com a ênfase que já existia na opinião pública, quando da construção da reportagem, da capa da revista e dos *outdoors* que lhe dera, à revista, divulgação que tinha direito de realizar (BRASIL, 2009-b).

Ao assim inaugurar a divergência, abriu-se caminho para a construção de entendimento pautado por exercício de ponderação, no qual a fidedignidade da notícia aos fatos e sua importância à luz dos interesses da coletividade<sup>219</sup> foram determinantes para a prevalência da liberdade de informação sobre o direito à honra do sujeito que, conquanto aborrecido pela notícia que se valeu de sua alcunha, desta se aproveitava enormemente. Nesta senda, como bem conclui Bodin de Moares ao analisar o caso:

A manchete da revista o título da reportagem utilizam-se do substantivo ‘animal’, relacionando este tipo de direção, violenta, negligente e imprudente, à brutalidade própria dos animais. Não o fez à toa. O apelido com que se conhece o jogador é justamente ‘Animal’ (...); e o atleta aproveitava-se desta fama e a alcunha nunca lhe incomodou. Se assim não fosse, provavelmente o resultado da decisão seria outro. Trata-se aqui do requisito da continência verbal das expressões utilizadas, cujo limite deve ser necessariamente elástico, fazendo com que ‘mesmo o uso de um epíteto infamante possa ser avaliado pelo juiz de modo que a sopesse se o recurso a adjetivos ou frases particularmente ásperos seja ou não funcional à economia do artigo, à luz da eventual absoluta gravidade objetiva da situação representada’. Oposta parece a situação quando se trata de ataques imotivados ou de animosidade pessoal sem qualquer finalidade vinculada ao interesse público (2011, p.611).

Situações em que se verificam abusividade no direito de informar, divulgação de informações inverídicas ou mesmo os ataques imotivados ou de animosidade pessoal referidos pela autora são bem ilustrados pelo segundo acórdão indigitado, o que resolveu o AgRg no AREsp 606.415/RJ. Nesta ocasião, a Quarta Turma do STJ foi instada a se pronunciar a respeito da responsabilidade de jornalista renomado, que, em seu prestigiado *blog* e em entrevista a respeitada revista hebdomadária, veiculou notícias e comentários de cunho informativo e crítico que ofenderam a honra de pessoas aos quais se

---

<sup>219</sup> Em percutiente comentário ao julgado, Bodin de Moraes esclarece: “o Brasil, como todos sabem, é conhecido mundialmente como ‘o país do futebol’; aqui, os jogadores são considerados ídolos (...). Neste ambiente, um jogador de futebol, famoso por sua *performance* em campo, comporta-se fora de campo de forma que deixa a desejar, indisciplinado, grosseiro e com fama de mal (*sic*). O Brasil também é o país dos assassinatos no trânsito” (2011, p.610), fato que, somado à então recente entrada em vigor do Código de Trânsito brasileiro, trouxe a notícia à calha.

reportavam – dizia-se que estas, beneficiárias de empréstimos públicos, seriam “subempresários” e integrantes de “telegangues”. O relator originário, Ministro Marco Buzzi, valeu-se de questões processuais para manter a decisão pela qual inadmitiu, monocraticamente, o Recurso Especial. O Ministro Raul Araújo abriu divergência, para reconhecer a inaplicabilidade do filtro recursal empregado pelo Ministro Buzzi e oferecer guarida à pretensão dos ofendidos, então recorrentes. Consignou, então:

Não era, portanto, uma matéria meramente informativa, mas sim, sobretudo, crítica, com conotação desabonadora (difamatória) da honra dos recorrentes, por tratamento injurioso e imputação caluniosa. O termo *gangue* (...) significa ‘*associação de malfetores, bando, quadrilha*’. Trata-se de termo formalmente injurioso, ofensivo em qualquer contexto.

A utilização de qualificativo, *per se*, objetivamente ofensivo à honra descaracteriza o ‘*animus narrandi*’ e o ‘*animus criticandi*’. É certo que o termo ‘*telegangue*’ pode ter sido criado e até empregado também por outros profissionais de imprensa, mas o recorrido dele se valeu para associá-lo diretamente aos nomes dos recorrentes, ofendendo-os. Nesse sentido, extrapolou os limites da crítica para ingressar no ataque à honra dos promoventes, o que configura o dever de indenizar (BRASIL, 2015-a).

A Ministra Isabel Galotti acompanhou este voto dissidente, por entender pela desnecessidade das expressões pejorativas empregadas pelo autor das matérias jornalísticas e por seu notório cunho depreciativo. Decidiu-se, então, à luz das circunstâncias deste caso concreto, pela prevalência da honra sobre a liberdade de expressão e de informação, o que se fez, declaradamente, segundo procedimento ponderativo.

O desafio pertinente ao juízo de prevalência de um interesse credor de tutela sobre outra posição juridicamente protegida, como se viu, opera em concreto, à luz das peculiaridades de cada caso e dos elementos informativos que lhe dizem respeito. E, não obstante alguns inevitáveis ruídos, este repto é defrontado a contento pela judicatura e pela comunidade jurídica especializada, malgrado sua ainda timidez no que diz com a crítica de julgados<sup>220</sup>. Seu

---

<sup>220</sup> Este é um quesito, aliás, no qual se percebe grande contraste entre o perfil predominante na literatura jurídica brasileira e seu correspondente na comunidade jurídica alemã, conforme testemunha Schmidt: “No Direito brasileiro atual, há uma cultura ainda pouco desenvolvida no que respeita à revisão crítica de decisões judiciais, ainda que a necessidade de expedientes desta ordem já houvesse sido anunciada por Clóvis Beviláqua. No Direito alemão, ao contrário, a publicação de anotações acerca de decisões judiciais desempenha papel central no diálogo

consequente, a veraz efetivação dos mecanismos reparatórios contemplados pelo modelo brasileiro, com amplas cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e controlabilidade das soluções oferecidas a problemas concretos, portanto, afigura-se como o (grandioso e fundamental) passo a tomar. É o momento, pois, de enfrentar as hesitações respeitantes à maleabilidade do modelo brasileiro e à segurança jurídica em sentido substancial, de modo a, finalmente, deixar esta estação epistemológica e alcançar um novo patamar de problemas.

#### 4.4 A ATUAÇÃO E A (RE)CONSTRUÇÃO DO MODELO BRASILEIRO

O legislador codicista privado brasileiro optou pelo regramento do Direito de Danos mediante emprego de cláusulas gerais, com alguns temperos oferecidos por dispositivos regulamentares, que especificam, para além de quaisquer dúvidas razoáveis, o merecimento de tutela de interesses primazes, como a vida e a integridade corporal. Esta escolha, se bem que adstrita à tradição francesa<sup>221</sup> obedecida pelo Código Civil de 1916, ganha, no contexto do Estado Constitucional, extraordinária significância. É que, além de não mirar à provisão de *certeza* acerca dos interesses jurídicos contemplados pela reparação de danos, configura ambiente profícuo à imantação das relações interprivadas pela axiologia constitucional e concede, já de antemão, à indispensabilidade da atuação criativa da jurisdição. Não é, portanto, exagero dizer que a esperança inspirada pelo Código de 2002 se encontra “personificada na figura do juiz, pois a ele é dado operar as cláusulas gerais no texto legal, estrategicamente posicionadas no código, que é a chave para a compreensão das potencialidades maiores da nova legislação civil” (NALIN, 2004, p.89).

---

entre a judicatura e a Ciência do Direito e, sobretudo, no desenvolvimento do Direito” (2014, p.36). Tradução livre. No original: “im brasilianischen Recht bislang eine nur wenig entwickelte Kultur der kritischen Besprechung von Gerichtsentscheidungen gibt, obwohl ihre Notwendigkeit bereits von Clovis Bevilacqua betont worden war. Im deutschen Recht spielt im Gegensatz dazu die Publikationsform der ‚Urteilsanmerkung‘ eine zentrale Rolle im Dialog zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft und für die Weiterentwicklung des Rechts überhaupt”.

<sup>221</sup> “a situação atual do Direito brasileiro apresenta semelhanças com a do Direito francês, havendo uma ínfima interferência do legislador e a entrega de um amplo poder à jurisprudência com uma atuação bastante efetiva do Superior Tribunal de Justiça nesse campo” (SANSEVERINO, 2014, p.435).

O juízo de reparação, assim e idealmente, afina-se no diapasão da judicatura, que escapa à mecânica da subsunção<sup>222</sup>. Passa-se, então e sobretudo na seara do Direito de Danos, de uma perspectiva de aplicação para uma perspectiva de interpretação, na qual se valoriza a *atividade hermenêutica de cunho criativo*, como já referido. Deste modo, a resiliente juventude do modelo brasileiro, a si conferida por sua inata flexibilidade, permite o amplo e sucessivo reconhecimento de novas e mais variadas modalidades de lesão a este (em rigor, a qualquer) interesse protegido. O aplicador do Direito se coloca, mesmo, como espécie de antena voltada às mudanças havidas nas relações sociais, a receber sinais os mais diversos, os quais permitem a boa atuação e a sucessiva (re)construção do modelo e de seus mecanismos reparatórios.

Não obstante estes avanços legislativos, ainda vistos por alguns com alarde, falta a recíproca da jurisdição, para que se possa, enfim, realizar as novas dimensões da igualdade<sup>223</sup> e da segurança jurídica, além de inaugurar um novo patamar de problemas. É que, no atual momento vivenciado pelo Direito brasileiro, arrostam-se, de um lado, enunciados de baixa densidade normativa, e, de outro, uma *jurisprudência* cambiante, refém da aleatoriedade de seus resultados e, portanto, inábil à realização da segurança jurídica (cf. QUEIROZ BARBOZA, 2014, p.33), quer em sua dimensão formal, quer na substancial – mesmo porque, conforme difundido na literatura crítica, *inexiste jurisprudência em sentido técnico no Brasil*<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> “É bem verdade que a técnica positivista do silogismo de subsunção, por meio do qual se acentua o pensamento axiomático-dedutivo, não mais encontra ampla repercussão entre mentes oxigenadas, servindo, apenas, para convencer, e não para demonstrar. A técnica mais empregada, atualmente, é a da lógica dialética ou a da argumentação, com a qual se faz o constante debate entre a norma aplicável e os valores do caso concreto” (NALIN, 2004, p.95).

<sup>223</sup> *Igualdade* é significante plurívico, cuja definição usualmente se envolve em pesado manto político-ideológico. Fioravanti, por exemplo, enfatiza e critica a velha discussão acerca de partidários da igualdade formal e defensores da igualdade material pelo posto de porta-vozes da *verdadeira igualdade* (2013, p.13). Tem razão o autor italiano: este espírito combativo, certamente, não se coaduna com o modelo constitucional brasileiro, que, como se verá adiante, parece privilegiar a igualdade como a dispensa de tratamento paritário em face das normas que se (re)constroem a partir de textos normativos no curso do processo de interpretação. Conquanto aparentemente nebulosa, esta leitura se tornará mais clara adiante.

<sup>224</sup> É o que atesta, com a eloquência que lhe é peculiar, Rodriguez, que toma a jurisprudência como existente quando “casos julgados formarem um padrão que serve de referência para a decisão de casos futuros” (2013, p.48) e afirma que “os julgados escritos publicados pelos Tribunais são o registro cronológico e textual dos debates ocorridos e não um texto coerente, redigido de forma ordenada, que tenha como objetivo articular argumentos dogmáticos de forma clara, tendo em vista seu papel na criação da jurisprudência e na legitimação racional do direito. Este ponto é importante para nossa análise: o julgamento no Brasil não tem como objetivo produzir um texto, que é mero efeito colateral dele” (2013, pp.51-52).

Este funcionamento oscilante do modelo brasileiro de reparação de danos resulta em grandes desafios à controlabilidade, os quais se agravam pelo embate entre velhas estruturas e novas funções, disseminado por todo o Direito Civil (cf. SCHREIBER, 2012, p.7). Neste contexto, a erosão dos filtros tradicionais da reparação permitiu que um maior número de pretensões reparatórias batesse às portas do Estado-juiz, de modo que: “esta flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima” (SCHREIBER, 2012, p.83). Assim:

Evidente que, como resultado direto da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil e da queda de barreiras processuais, um número maior de pretensões indenizatórias vem acolhido pelo Poder Judiciário. À parte essa expansão quantitativa, pode-se identificar, também, uma expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial, passam a ser considerados pelas cortes como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em um novo dano ressarcível (SCHREIBER, 2005, p.59).

Nesta singra é que se verifica a “expansão desordenada dos danos de toda ordem (...), o que dificulta a restauração da igualdade objetivada pelo instituto [da reparação de danos]” (CUNHA FROTA, 2013, p.198) e põe na berlinda a responsabilidade civil na contemporaneidade. A disseminação de toda a sorte de demandas reparatórias, somada a juízos de atribuição de responsabilidade fundados em empatias disfarçadas por um superficial enfrentamento de questões técnicas e a uma enviesada noção de liberdade judicial, adquire proporções que não permitem seu escanteamento. Estas observações, no entanto, induzem a conclusão de que o problema inerente à oferta de segurança jurídica pelo modelo brasileiro de reparação civil, especialmente no que diz com a identificação dos interesses protegidos, é, então e novamente, muito mais de método que de conteúdo<sup>225</sup>. E diz respeito tanto à judicatura quanto à civilística. É que, no já mencionado parecer de Schmidt (cf. *supra*), as expressões *jurisprudência* e *precedente*, conquanto abundantes na comunidade jurídica brasileira, não raro remetem apenas a um agregado de

---

<sup>225</sup> “Reafirma-se, portanto, que a inserção de princípios jurídicos e de cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro, e sua invocação nos Tribunais superiores, permite vislumbrar um novo endereço metodológico para a interpretação jurídica” (AMARAL NETO, 2008-a, pp.116-7)



ementas de julgados, em grande desprestígio às circunstâncias fático-jurídicas de cada causa e às razões de decidir invocadas na resolução de casos pretéritos<sup>226</sup>.

Assim, muito embora seja factível cogitar de alguma calculabilidade quanto à asserção do merecimento de tutela de determinados interesses juridicamente consagrados, a eclosão de novas modalidades de danos e de interesses desafia a controlabilidade indispensável à concreção da segurança jurídica no Estado Constitucional. Daí a repulsa com que autores especializados arrostando, por exemplo, as distorções que a prática forense impôs ao dano moral:

De fato, entre nós essa figura tem servido para acobertar com um único e idêntico manto o pagamento de indenizações a um infindável número de hipóteses: do extravio de malas em viagem aérea à ‘falta de afeto’ reclamado por filhos privados do convívio paterno; do ‘sentimento de menoscabo’ pelo descumprimento de um contrato à ‘humilhação’ por permanecer alguns minutos em filas bancárias no aguardo de atendimento; da ‘frustração’ por se ter adquirido um produto não correspondente às expectativas do comprador ao ‘sofrimento’ pela perda de um animal de estimação por ato alheio; do ‘vexame’ por escorregar em piso molhado de supermercado ao ‘desgosto’ por adquirir um veículo desconforme às mais subjetivas expectativas de desempenho. Inclusos neste rol estão um sem número de ataques – reais ou supostos – à *dignidade da pessoa humana*, que se configurariam na ‘ofensa ao sentimento íntimo e pessoal do lesado’, além de casos verdadeiramente escandalosos, como o da consumidora que fez chegar ao Supremo Tribunal Federal sua ‘grande frustração’ ao abrir um pacote de pão de queijo, comprado em supermercado no valor de R\$ 5,69 (cinco reais e sessenta e nove centavos), que, apesar de estar com o prazo de validade perfeitamente regular, continha alguns pãezinhos mofados, impedindo-a ‘de consumi-los normalmente’ (MARTINS-COSTA, 2014, pp.7078-7080).

Esta pouco criteriosa abordagem jurisdicional de novas e mais variadas circunstâncias danosas, somada à disseminada prática de julgar por ementas, põe em xeque a potencialidade estabilizadora do modelo brasileiro de reparação de danos. É que os atributos da previsibilidade, calculabilidade e controlabilidade das razões de decidir invocadas na resolução de casos concretos – particularmente na identificação de interesses protegidos ou em juízos de

---

<sup>226</sup> Sobre a banalização desta prática tanto na literatura quanto na prática forense, diz o autor alemão: “Aliás, na era digital, nem mesmo é necessário o pesado trabalho de redigitação das ementas, ao contrário, sua transcrição pode se dar mediante alguns cliques de *mouse*” (SCHMIDT, 2014, p.37). Tradução livre. No original: “Im digitalen Zeitalter ist es zudem noch nicht einmal erforderlich, die *ementas* mühsam abzutippen; stattdessen lässt sich die Transkription mit wenigen Mausklicks bewerkstelligen”.

prevalência de uma posição jurídica sobre outra – dissolvem-se como névoa no solo diante da liberdade com que se manipulam, em cada caso, as circunstâncias fático-jurídicas consideradas e as decisões judiciais pretéritas referentes a situações análogas. Isto, mormente, no âmbito de atuação das Cortes de Vértice, que, salvo honrosas e pontuais exceções<sup>227</sup>, teimam em não incorporar, em suas práticas cotidianas, as atribuições que lhe foram confiadas pelo legislador constitucional (v. MARINONI, 2013, pp.119 e ss) – mesmo apesar dos esforços incansáveis de alguns setores da literatura, preocupados com a fixação de balizas ao exercício da judicatura na seara da reparação de danos (mas não apenas nela), a exemplo da qualificação da perda de tempo útil (ou do desvio produtivo) como uma nova modalidade de dano extrapatrimonial (cf. DESSAUNE, 2011, pp.41-47) e do delineamento de todo um iter a ser seguido nos exercícios de ponderação diuturnamente exigidos da magistratura (cf. SCHREIBER, 2012, pp.167-176).

A construção da segurança jurídica em sentido substancial neste cenário exige, como *prius*, a superação das resistências ao reconhecimento do forte componente criativo que marca a atividade de interpretação e aplicação do Direito, ainda espaiadas na comunidade jurídica especializada (cf. THEODORO JUNIOR, 2006, pp.17-19). É preciso, pois, envidar esforços para desfazer a azeda desconfiança com relação às técnicas legislativas contemporâneas e ao perfil de exercício da jurisdição exigido pelo Estado Constitucional. É preciso – e urgente – despertar para a existência e a indispensabilidade de um autêntico Direito Judicial, sobretudo nos esquadros do problema recortado, de modo a reduzir o *delta* de imprevisibilidade a patamares condizentes com as exigências da vida em relação.

---

<sup>227</sup> Exemplo eloquente é o acórdão pelo qual a Terceira Turma do STJ julgou o REsp 959.780/ES (BRASIL, 2011), que diz respeito à possibilidade de majoração do quantum condenatório imputado ao causador de atropelamento que culminou na morte da esposa do então recorrente, pelos danos morais reflexos que este sofrera. Nesta ocasião, o Superior intentou, com mirada para o futuro, estabelecer, com transcendência e pretensão de universalidade, diretrizes interpretativas e opções valorativas que outorgam sentido à reparação civil de dano moral por ricochete em casos de morte em acidente de trânsito, mormente no que tange a sua quantificação.

#### 4.4.1 Autoridade do Direito Judicial: o último bastião

A comunidade jurídica brasileira, mesmo em sua dimensão manualística e ressalvadas algumas resilientes orientações em sentido contrário<sup>228</sup>, tem, por certo, que a *jurisprudência* integra o rol das fontes do Direito (cf. DIMOULIS, 2013, pp.173 e ss), ao lado da lei, do costume e – algo controversamente – da doutrina<sup>229</sup>. Não obstante este reconhecimento, razões de toda ordem conspiram contra a efetiva qualificação do desordenado acervo de julgados hoje existente como uma verdadeira referência em termos de juridicidade – é a chamada *babelização jurisprudencial*, própria da ascendência do modelo de Estado Constitucional, no qual, como se viu, comandos normativos perdem, de modo geral, sua força apriorística. Apesar deste cenário desfavorável, as sucessivas invocações de julgados (ou de suas ementas) como elementos de autoridade nos mais relevantes foros jurídicos de discussão, somadas à esterilidade das demais fontes do Direito para oferta de soluções conclusivas acerca de nascentes problemas sócio-jurídicos, apontam para a indispensabilidade de se valorizar a força estabilizadora e o caráter criativo da atuação jurisdicional.

Aliás, na espacialidade em que se situam as investigações empenhadas, é de se questionar mesmo a pertinência da noção tradicional de *fonte do Direito*, dada sua matriz eminentemente positivista, que descuida do fato de que “o conteúdo do Direito não é algo previamente dado em normas inequívocas, algo para ser descoberto, mas uma prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação” (BUSTAMANTE, 2013, p.306). Em

---

<sup>228</sup> É o caso, com todo o respeito de que é credor o autor, de Tércio Ferraz Junior, que trabalha com a noção de *jurisprudência* como uma espécie de “costume jurisprudencial” (cf. 2003, p.237), ainda que reconheça ser “inegável o papel da jurisprudência romanística na constituição do direito. Se é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão *contra legem* constituem regras estruturais fortes do sistema, não podemos desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam na lei, dão-lhe um sentido geral de orientação (...). De outro lado, contudo, indo mais além, é conhecida a elaboração de verdadeiras normas jurídicas gerais em casos de lacuna que constituem uma espécie de costume *praeter legem*. Este costume, em primeiro lugar, à diferença dos costumes em geral, resulta de *uso* jurisprudencial (...); em segundo lugar, sua convicção da necessidade não se relaciona diretamente aos endereçados das normas, mas aos juízes que emanam as decisões” (2003, p.239). Assim, conclui: “Em suma, a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, ‘fonte’ interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do Direito” (2003, p.239).

<sup>229</sup> A questão da qualidade de *fonte do Direito* ostentada pela doutrina foi bem desenvolvida por Rodrigues Junior no texto *Dogmática e crítica da jurisprudência* (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v.99, n.891, pp.65-106, jan/2010.

rigor, a questão da qualificação de decisões jurisdicionais pretéritas como fonte do Direito é um falso problema, pois a temporalidade e a especialidade que delimitam a significação da segurança jurídica na identificação do dano reparável nos modelos de reparação civil codificados alemão e brasileiro aniquila a valia desta matriz positivista-legalista, que flerta com a confusão entre Direito e lei. Isto é: o contexto do Estado Constitucional, comum aos elementos da comparação, condiciona o afastamento da tônica na lei e cria espaço para o florescer de um composto atonal, em que mais valem as razões (e a controlabilidade, no sentido de segurança jurídica substancial) que os enunciados (e a certeza a respeito de seu conteúdo normativo, no sentido de segurança jurídica formal). Nesta senda, mesmo que se insista na tradicional temática das fontes do Direito, é notório que se precisa pensar em um diferente sentido de fonte, adequado, como já se insinuou ao abordar o modelo alemão, às esquadrias do Estado Constitucional e ao estado da arte na Teoria do Direito; um sentido, então, de feições argumentativas. Assim:

É melhor adotarmos, portanto, um conceito *argumentativo* de fontes do Direito, como o de Aulis Aarnio, para quem se deve utilizar a referida locução para ‘toda razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base *justificatória* da interpretação jurídica’ (BUSTAMANTE, 2013, p.310).

Vale dizer: a noção de fonte do Direito que importa tomar para vencer as resistências ainda imperantes na comunidade jurídica brasileira quanto à relevância decisiva da atividade jurisdicional na construção da segurança jurídica está intimamente ligada a *razões*. Estas podem se remeter a elementos dotados de autoridade, como textos normativos, precedentes judiciais, lições doutrinárias e Direito estrangeiro, com os diferentes graus de vinculatividade que lhe são próprios; ou, ainda, podem se afigurar como fontes substanciais, como os costumes e enunciações de ordem moral, geral ou prática. Destarte, a combatida unidade entre texto e norma, cara ao mundo da certeza (formal) da lei, dobra-se diante do reconhecimento de sua dualidade, em cenário no qual impera a segurança jurídica em sentido substancial. Outra não é a constatação de Cavalcanti Filho, que dizia, ainda na década de 1960:

As idéias de certeza e de segurança, por isso mesmo precisam amoldar-se à realidade que se tem em vista, e que outra não é senão a realidade humana. Por isso mesmo, não se pode jamais cogitar de uma certeza total, de uma certeza absoluta. Sòmente seria possível uma certeza em grau elevadíssimo, uma segurança extremada, se se concebesse, à maneira dos juristas do século passado, a certeza em sentido puramente formal. (...) Tal modalidade de certeza, porém, que se alcançaria através da expressão formal, nenhuma relevância teria, pois a certeza que se deve aspirar é aquela que serve de instrumento de estabilidade e de segurança para a vida social. Ora, a certeza meramente formal é algo abstrato, vazio, inconsistente. A certeza de que cogitamos é uma certeza concreta, na qual o aspecto formal se ajuste aos valores predominantes em uma dada coletividade e corresponda, assim, às aspirações que dela despontam (1964, pp.159-160).

Neste giro, o emprego de técnicas dúcteis pelo legislador ordinário não configura patologia de qualquer sorte. Antes, representa adequação do Direito positivo às peculiaridades do contexto para o qual se apresenta, no qual as relações entre Legislação e Jurisdição se alteram sensivelmente. A assim chamada *onda reformista*, particularmente no que diz com o Direito Civil, não anula a valia da legalidade, ao instaurar um clima de permissividade à judicatura, tampouco uma renúncia do legislador à atribuição de eliminar o autoritarismo (cf. THEODORO JUNIOR, 2006, pp.17-18). Isto porque o cidadão, no Estado Constitucional, não fica abandonado “à sanha e aos azares de quem detém o poder de julgar a conduta individual e social” (THEODORO JUNIOR, 2006, p.18), já que o magistrado, especialmente o que tem assento nas Cortes de Vértice, não é legislador; precisa fundamentar adequadamente (leia-se: de maneira permissiva à controlabilidade) suas decisões e, ao fazê-lo, colabora com o legislador para a promoção da autoridade do Direito (cf. MITIDIERO, 2013, p.88), pois aclara o sentido e o alcance de enunciados normativos de toda sorte, à luz das circunstâncias de cada caso concreto. Patológica, nessa singra, é a decisão judicial desprovida de fundamentação adequada, bem como a radicalização da liberdade judicial, no sentido de ruptura dos postulados de coerência na atividade adjudicativa (cf. BUSTAMANTE, 2012, p.274) e de insubordinação institucional, em especial na forma de desafio à autoridade de decisões de Cortes hierarquicamente superiores<sup>230</sup> (cf. MITIDIERO, 2013, p.97).

---

<sup>230</sup> Estas questões foram tangenciadas de maneira aberta, e mediante figuras de linguagem bastante expressivas, pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, que, em voto-vista proferido no Agravo em Recurso Especial 382.736/SC, no qual eram discutidas questões tributárias, assim anotou: “Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um

As duras críticas no sentido de que seria necessário coibir os *abusos legislativos* em que consistiriam o emprego de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, para evitar que o juiz se torne legislador (cf. THEODORO JUNIOR, 2006, pp.29-30), então, são estranhas ao contexto do Estado Constitucional – embora façam todo sentido nos esquadros do Estado de Direito. A segurança jurídica que se quer prestigiar ao bradar pela separação de poderes e pela limitação, via legislação, da atividade jurisdicional, é, como se viu, irreal e incompatível com o ambiente que condiciona e é condicionado pelo Direito contemporâneo<sup>231</sup>. É o que anteviu Cavalcanti Filho, malgrado segundo perspectiva marcada por alguns traços próprios de seu tempo:

se é inegável que o direito corresponde a uma aspiração de certeza e de segurança, também deve ajustar-se às necessidades decorrentes das transformações sociais. Nem poderia ser de maneira diferente, sabido como é que o direito, que é fator de estabilidade, dá a nota de segurança, que permite o progresso e a própria transformação social, com efeitos sociais fecundos.

(...)

É assim inevitável que haja uma margem de incerteza e de insegurança no direito, pois de outra forma se tornaria êle um instrumento de estagnação social. Mas essa incerteza e insegurança constituem o preço do progresso humano e da busca de formas mais justas de organização social. (...) É por essa forma, e dentro dessa perspectiva, que nos parecem perfeitamente aceitáveis as doutrinas que asseguram ser a função do juiz também criadora (1964, pp.161-162).

---

Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ prece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados” (BRASIL, 2004).

<sup>231</sup> Interessante, neste quesito, o parecer de Maronini: “Não há interpretação exata da lei ou interpretação correta se, com isso, pretende-se algo que independe de juízos de valor subjetivos. Há, isso sim, interpretação que, a partir de diretivas e de juízos de valor, é devidamente justificada; há, por assim dizer, ‘decisão adequada’ ou ‘decisão racionalmente aceitável’. Substitui-se, dessa maneira, a ideia de interpretação correta pela de ‘interpretação dotada de razões apropriadas’. Tutela-se a legalidade mediante a prática argumentativa e a busca da racionalidade” (2013, p.106).

Assim, em que pese a ainda difundida resistência da comunidade jurídica brasileira ao reconhecimento de que a atividade jurisdicional tem caráter criativo e, portanto, oxigena o ordenamento jurídico ao oferecer soluções para casos concretos, está-se a avançar na percepção de que as relações entre Legislação e Jurisdição enfrentam, de fato, mudanças qualitativas em virtude do estabelecimento do modelo de Estado Constitucional. Destarte (mas não sem muita controvérsia), o caráter jurígeno da atividade jurisdicional começou a ganhar aceitação<sup>232</sup>:

Chega-se aí ao ponto: a decisão interpretativa, por ser elaborada a partir das valorações e da vontade do intérprete, é algo mais em face da regra editada pelo legislador, tendo, assim, um caráter de criatividade a partir da lei. Esse algo de novo se coloca ao lado da lei, integrando uma ordem jurídica mais ampla (MARINONI, 2013, p.158).

Esta percepção se faz sentir de maneira brutalmente impactante na seara da reparação de danos, inclusive no que diz respeito à identificação e à seleção dos interesses protegidos. Tanto é assim que pululam, em quaisquer estudos acerca da reparação de danos, referências a todo um acervo de julgados, malgrado o ainda dominante prestígio às ementas e ao resultado, ao invés das razões e do caminho que àquele conduz. É que o emprego das cláusulas gerais fundantes da reparação civil no modelo codificado brasileiro imprescinde, pela própria natureza do texto normativo, de atuação progressiva (e prospectiva) da magistratura, especialmente no ápice da organização judiciária, pois:

Os conceitos indeterminados, pela sua própria natureza, facilmente se amoldam à alteração da realidade social. A permeabilidade desses conceitos confere ao Judiciário maior facilidade para adequar o direito aos novos tempos. Isso não quer dizer, entretanto, que o Superior

---

<sup>232</sup> Embora se costume falar em *criação judicial do Direito*, o que se cria não são normas jurídicas novas (*ex nihilo*), mas sentidos normativos hauridos de processos de argumentação, à vista de determinadas circunstâncias fático-jurídicas e da totalidade do ordenamento. Assim: “A teoria lógico-argumentativa, sendo uma teoria não cognitivista, pressupõe a possibilidade de ser atribuída uma pluralidade de sentidos aos enunciados jurídicos, com o que a jurisdição tem de tomar *verdadeiras decisões* ao longo do processo de interpretação, que devem ser *idoneamente justificadas interna e externamente*, cujo resultado é uma obra de *reconstrução* semântica. Esse processo interpretativo culmina com a *especificação de uma solução jurídica* em um *determinado contexto fático-jurídico* – ou, se quisermos, como um *estreitamento da moldura normativa* – e o seu aparecimento constitui um *dado novo* no sistema jurídico. Rigorosamente, não se trata propriamente de *criação* de norma jurídica, mas de *fixação de sentido normativo anteriormente equívoco*” (MITIDIERO, 2013, pp.71-72).

Tribunal de Justiça não tenha que definir o sentido de um conceito indeterminado em face de *uma específica situação no tempo*. Trata-se de função essencial da Corte, uma vez que há necessidade de definir-se o sentido em que um conceito indeterminado deve ser compreendido em determinado momento histórico, evitando-se a sua múltipla e incoerente aplicação em face de casos similares (MARINONI, 2013, pp.95-96).

Este esforço, consentâneo com as exigências de segurança jurídica próprias do contexto jurídico brasileiro contemporâneo, pode se dirigir por vias díspares, mas voltadas ao mesmo ponto de chegada. Assim, desconsiderado o atrito com posições adstritas ao perfil de relações entre Legislação e Jurisdição caro ao Estado de Direito, dois são os caminhos que se abrem. De um lado, fala-se, com apego à noção de *jurisprudência* (no sentido de reiteração uniforme ao longo do tempo de decisões judiciais em determinado sentido), na chave *grupos de casos típicos*. A partir deste mecanismo, o conjunto das *rationes decidendi* invocadas pelas Cortes em julgamentos sucessivos sobre determinadas questões disciplinadas por intermédio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados permitiria “a *ressistematização* desses elementos [normas jurídicas individuais criadas pelo juiz, à luz dos princípios e diretrizes axiológicas do ordenamento], originalmente extrassistemáticos, no interior do ordenamento jurídico” (MARTINS-COSTA, 1998, p.8).

A meritória fratura na vetusta noção de segurança jurídica formal é temperada não pelo privilégio da autoridade e pela transcendência das razões de decidir invocadas em cada julgamento, mas na repetição de uma tal orientação. Deste modo: “o alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, especificar-se-á não só o sentido da cláusula geral, mas a exata dimensão de sua normatividade” (MARTINS-COSTA, 1998, p.10). Há, então, um refugio do confinamento da segurança na lei, mas não se rompem as amarras do privilégio do resultado de julgados anteriores em detrimento do caminho conducente a cada resultado particular. Já se permite, contudo, a difusão da percepção de que uma mudança de perspectiva está em curso<sup>233</sup>, vez que se viabiliza o vislumbre de uma sucessiva “construção e reconstrução de sentidos

---

<sup>233</sup> Isto sobre tudo pela razão de que não apenas a literatura se vale desta chave, como também a judicatura a vem, paulatinamente, assimilando. Disto é sintoma o já referido acórdão pelo qual a Terceira Turma do STJ pôs termo ao REsp 959.780/ES (cf. BRASIL, 2011).



dos significantes de base do governo jurídico das relações interprivadas (como propriedade, contrato e família), dentro dos limites dum sistema jurídico poroso, aberto e plural” (FACHIN, 2015, p.143).

A outra via, desbravada por setores da comunidade jurídica mais vinculados à processualística, sugere ser possível ousar e ir além, no sentido de apreender os novos desenhos do diálogo entre Legislação e Jurisdição, para precisar as cláusulas gerais pela via do mecanismo estabilizador do precedente judicial<sup>234</sup>, sem olvidar de que a formação deste ocorre de forma paulatina e dinâmica (cf. OLIVEIRA e ANDERLE, 2014, p.311). Assimilam-se as contribuições da proposta de leitura de grupos de casos típicos, mas suas limitações são deixadas de lado, de modo a prestigiar mais a similitude fática entre a causa levada a julgamento com apenas um paradigma que a reiteração de determinado resultado para circunstâncias semelhantes, mas não tão bem delineadas. Em uma palavra: a transcendência substitui a repetição. O sistema, portanto, ganha, ao mesmo tempo, flexibilidade, estabilidade e previsibilidade.

Nesta singra, a crescente valorização da função pretoriana, agregada à tomada a sério da magistratura pelos próprios magistrados, e impulsionada pela introdução do precedente judicial nos perímetros do ordenamento jurídico brasileiro e pela consequente revalorização do papel da dogmática, parece apontar para um modelo de reparação civil condicionado a ofertar a segurança que do Direito se espera. Isto é: não aquela obsoleta acepção de segurança como pré-determinação de hipóteses normativas, mas o sentido substancial desta primaz diretriz, afeta à cognoscibilidade e efetividade do Direito, que exsurge da intersecção de *razões* e *autoridade* (cf. BUSTAMANTE, 2013, pp.317-318), amarrada por um juiz que não mais se pretenda Júpiter ou Hércules, mas *Hermes* (cf. OST, 2007). Nesta esteira:

---

<sup>234</sup> O sentido de “precedente judicial” é objeto de acirradas controvérsias no âmbito da Teoria do Direito e da processualística (já se teve a oportunidade de visitar o tema, juntamente com Cortiano Junior, em Segurança jurídica, precedente judicial e o Direito Civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito. *Civillistica.com*, a.4, n.2, 2015). Ingressar nestas querelas não interessa ao presente trabalho, pelo que se toma a noção operativa de dado normativo derivado de decisão judicial pretérita, usualmente proferida por Cortes intermediárias ou de Vértice, fundada em razões universalizáveis e diretamente correlacionadas às circunstâncias fático-jurídicas da causa julgada (cf. MITIDIERO, 2013, pp.72 e ss., e MARINONI, 2013, pp.155 e ss.).

O momento criador, portanto, da atividade jurisdicional ressalta, com exemplar evidência. Mas é preciso ter em vista o outro aspecto, que nem sempre é levado na devida consideração, isto é, aquele de que a criação tem sempre em vista preservar a ordem e a segurança. Não são poucos os que vêem no caráter criador da atividade jurisdicional uma negação do princípio da certeza e da segurança. Nada menos exato. Graças, exatamente, à função particularizadora do magistrado é que se completa e ganha consistência efetiva o princípio da certeza e da segurança (CAVALCANTI FILHO, 1964, p.165).

Por consequência, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, antes tidos como irradiadores de insegurança jurídica (cf. THEODORO JUNIOR, 2006, p.30), tornam-se, eles mesmos, fatores de agregação, polos de convergência desta *segurança* ressignificada, porque complementados pela atuação criativa e estabilizadora da judicatura, na qual “se reproduz, de forma sintética, o drama inteiro da vida jurídica, naquele equilíbrio entre a segurança e certeza e as exigências decorrentes das mutações da vida” (CAVALCANTI FILHO, 1964, p.163). Assim:

Diante da cláusula geral, o juiz tem poder para elaborar a norma adequada à regulação do caso; a cláusula é texto legislativo que conscientemente lhe dá amplo espaço para participar da elaboração da norma jurídica. A técnica das cláusulas gerais tem como premissa a ideia de que a lei é insuficiente e, nesse sentido, constitui elemento que requer complementação pelo juiz.

(...)

Só o respeito aos precedentes da Corte Suprema pode deixar claro que a cláusula geral se destina a dar ao Judiciário poder de elaborar a norma de aplicação geral, ainda que atenta a uma circunstância específica insuscetível de ser defendida à época da edição do texto legal. Ou seja, a norma judicial derivada da técnica legislativa das cláusulas gerais, não obstante considere uma circunstância que surge no caso concreto, deve ter caráter universalizante, na medida em que não terá racionalidade caso não puder ser aplicada aos casos futuros marcados pela mesma circunstância (MARINONI, 2014, pp.60 e 62).

A abordagem do problema da segurança jurídica por este viés lança novas luzes sobre a outorga de estabilidade e previsibilidade à identificação e à seleção dos interesses protegidos pelo maleável modelo codificado brasileiro de reparação civil. É que, a um só tempo, impõe precedência (ao menos *prima facie*) das diretrizes interpretativas e referenciais valorativos transcendentais, empregados por Cortes intermediárias e de Vértice, sobre a contingência de cada caso ulterior, em relação à dimensão de tutela jurídica ofertada a cada interesse conflitante e ao sentido das normas protetivas invocadas pelos

litigantes. “Desse modo, os juízes não podem ignorar as decisões anteriores, o que significa que não podem decidir do nada (*ex nihilo*), ou seja, mesmo em caso de superação do precedente por *overruling* ou *distinguishing*, deverá o juiz partir das decisões anteriores e justificar o motivo de sua não aplicação” (QUEIROZ BARBOZA, 2014, p.31) – e a amplíssima divulgação do conteúdo de decisões judiciais por intermédio da rede mundial de computadores derruba quaisquer óbices que eventualmente se pudessem erigir à controlabilidade da atuação jurisdicional. Com isto, não se extingue o problema da delimitação de quais sejam os danos injustos, mas, à medida que se sedimentam agregados de precedentes judiciais, deixa-se de ignorar a identidade e a medida de proteção de variados interesses juridicamente tutelados.

Bem se vê, então, que a situação das relações entre Legislação e Jurisdição no Estado Constitucional exige mecanismos estabilizadores que lhe sejam condizentes, ainda que permaneçam dissensos acerca de sua vinculatividade<sup>235</sup>. Destarte, é seguro concluir pela inexistência de qualquer excepcionalidade, também no contexto brasileiro, quanto ao desenvolvimento e à criação judicial do Direito pelas Cortes em sua atuação cotidiana – e não apenas nos espaços abertos pelas cláusulas gerais, conquanto estes sejam, por excelência, seus campos de desabrochamento<sup>236</sup>. A criação judicial do Direito, portanto, é uma realidade e, vista na moldura do Estado Constitucional, mostra-se inevitável, também em solo brasileiro, à controlabilidade da construção e da atuação do Direito Civil, especialmente na seara da reparação de danos.

---

<sup>235</sup> Há, *grosso modo*, três orientações quanto à autoridade do precedente judicial, com ênfase em decisões de Tribunais Superiores: há quem lhes negue eficácia obrigatória, ressalvado as hipóteses expressamente prevista em lei (cf. FERRAZ JUNIOR, 2003, p.238); outros, como Bustamante (2012, p.315), reconhecem-lhe predominante vinculatividade em sentido frágil, dada sua inata superabilidade (embora se diagnostique que os precedentes *constitucionais* tendam a valer como fontes obrigatórias em sentido forte); um terceiro grupo, ainda, sugere sua plena vinculatividade, por razões de índole teórica e constitucional (cf. MARINONI, 2013, pp.155 e ss).

<sup>236</sup> Esta é uma consequência inevitável da dissociação entre texto e norma, já analisada anteriormente e sintetizada, neste particular, pela seguinte passagem: “a atividade interpretativa consiste em individualização de sentidos possíveis, valoração e decisão. O produto da atividade de interpretação está longe de ser uma mera descrição; é um ato de decisão, de vontade, de posituação do poder. (...) O texto legal ou a lei, como enunciado das fontes, não se confunde com o ditado judicial proveniente da atividade de interpretação. (...) Prefere-se, assim, chamar o significado atribuído à lei de norma jurídica, deixando-se à lei, também costumeiramente assim designada, a designação de texto legislativo. (...) Daí decorre a percepção de que o texto legislativo sempre abre oportunidade a várias normas jurídicas, dependendo do caminho interpretativo criado pelo juiz. (...) Não há procedimento interpretativo que independa da subjetividade do juiz” (MARINONI, 2013, pp.110-111).

## 5 APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

As disciplinas da reparação de danos insculpidas no BGB e no Código Civil brasileiro, malgrado integrantes de uma mesma família jurídica, são radicalmente diferentes em termos de estrutura. Refletem, bem por isto, duas maneiras distintas de encarar o problema da oferta de segurança jurídica quanto à tutela reparatória, no contexto da tradição continental: de um lado, na predominante tipicidade do modelo alemão, é nítida a tônica na figura do legislador, cujo trabalho seria limado pela atuação da comunidade jurídica especializada; de outro, na predominante atipicidade do modelo brasileiro, destaca-se a confiança na magistratura, à qual se franqueia amplo espaço para a construção progressiva de um complexo de interesses protegidos.

Conquanto simbolizem soluções quase diametralmente opostas para o problema da seleção dos interesses credores de tutela, ambos os modelos dão sinais de esgotamento: o alemão, pela imparável renovação do sentido da segurança jurídica (cada vez menos formal e mais substancial), que exige o reconhecimento do caráter criativo da atividade jurisdicional e a busca por mecanismos estabilizadores; o brasileiro, em função do descontrole (no sentido de incontrolabilidade) da atuação das Cortes na seara da reparação de danos, o qual traz consigo exigências substantivas de fundamentação e estabilização, justamente para que se alcancem patamares de insegurança compatíveis com os reclamos das comunidades de destinatários das normas jurídicas. É dizer: a eclosão do Estado Constitucional nos contextos alemão e brasileiro, agregada à dinamização das relações sociais na fluidez da contemporaneidade, condicionou a convergência dos respectivos modelos de reparação de danos a uma solução comum: a deferência à criatividade e à autoridade da atividade jurisdicional.

As mudanças compreendidas por esta inusitada convergência irritaram a sensibilidade da comunidade jurídica especializada em ambos os cenários contrastados. Eclodiram, então, orientações reacionárias, fortemente apegadas à noção de segurança jurídica formal que, como a postura epistemológica que lhe dava sustentação, definhava a passos largos. São as chamadas doutrinas negativistas da certeza, para as quais “o problema da segurança somete pode ser entendido em termos absolutos. Ou há certeza completa ou não há certeza.

Ou há estabilidade completa, ou não existe estabilidade. Ou há uniformidade total ou não existe uniformidade” (CAVALCANTI FILHO, 1964, p.158). Em oposição a elas, organizaram-se posições mais afetas a amplíssima liberdade judicial, vocacionada à realização da justiça no caso concreto e despegada de qualquer adstrição ao texto legal, substituído por emanções da sociedade (cf. CAVALCANTI FILHO, 1964, pp.103 e ss). Delas advieram os fortes contrastes que impulsionaram a mudança na noção de segurança jurídica que urgia ao Direito: uma acepção que não se confunde com a justiça do caso concreto, mas que também não a nega; que se mantém fiel ao ideal de estabilidade, mas que não recai na ingênua enunciação de certezas; uma acepção de segurança, enfim, que traz para dentro de si a inevitabilidade da insegurança, sujeita aos rigores da fundamentação suficiente, da coerência e da consequente controlabilidade. A tomada deste importante passo, aliás, parece ser sintoma decisivo para a caracterização da tradição continental no contemporâneo contexto do Estado Constitucional (cf. HONDIUS, 1994, p.105), a determinar convergências mesmo entre experiências radicalmente díspares em termos de política legislativa, como as concernentes à reparação de danos no Brasil e na Alemanha, dentro e fora das cláusulas gerais, dada infirmação do dogma da unidade entre texto e norma em ambos os contextos.

Assim é que as fronteiras entre responsabilidade contratual e extracontratual se esmaeceram fortemente na Alemanha, sem prejuízo da crescente ampliação do espectro de interesses protegidos. Superou-se, por consectário, o apriorismo que os circunscrevia a vida, corpo e saúde, liberdade, propriedade e outros direitos absolutos, além de posições jurídicas contempladas por regras protetivas e lesadas por ato contrário aos bons costumes. Isto não apenas por mudanças no sentido e alcance de cada uma das enunciações dos §§ 823 e seguintes, BGB, mas também e principalmente pela exploração dos outrora esguios espaços franqueados pelas cláusulas gerais que lhes complementam, sobretudo no que diz respeito ao direito geral de personalidade, cujo merecimento de tutela sobreviveu à ampla reforma que curiosamente não lhe contemplou. Destarte, o *Zeitgeist* decimonônico, o qual pretendeu entalhar a concepção dominante do povo alemão acerca da função do juiz no modelo de reparação civil codificado teutônico, teve de ceder à contraprova da realidade. É o que confirma a sucumbência da crença na aptidão

de enunciados normativos, limados pela literatura especializada, para ofertar segurança jurídica, conquanto tenha ela sido repetida como uma espécie de mantra ao longo de todo o século XX. O resultado então, é o crescente reconhecimento – sobretudo após o advento da Constituição de Bonn, que marca a ascensão do modelo de Estado Constitucional na Alemanha – não apenas de que a atividade jurisdicional tem marcante componente criativo, mas também de que esta sua dimensão é salutar e indispensável ao alcance de uma segurança jurídica real e palpável, livre das amarras da certeza formal.

Se assim passou na Alemanha, apesar da preservação da estática do Código *vis-à-vis* a dinâmica da atuação de seu modelo de reparação civil, as coisas não poderiam ser diferentes no Brasil. É que o advento da Constituição de 1988, que compartilha muitos traços com a GG, e do Código de 2002, nascido no bojo de uma ordem constitucional estabelecida (malgrado as dissonâncias denunciadas pela vanguarda da civilística à época de sua promulgação) e permeado por cláusulas de abertura, configuraram o ambiente ideal para o florescimento das percepções de que a segurança jurídica que se pode almejar só pode ser nucleada por razões controláveis, e não mais pela vetusta predeterminação de hipóteses normativas. Destarte, sempre com a inarredável tônica na promoção da dignidade humana, mais e mais modalidades de interesses protegidos são reconhecidas e promovidas pela progressiva atuação da literatura e dos Tribunais – ainda que faleça, a estes, a coerência necessária ao alcance de um mínimo de estabilidade e previsibilidade. Alcançam-se, assim, o sobranceiro reconhecimento do merecimento de tutela de vida, corpo e saúde, liberdades, propriedade e outros interesses, inclusive e principalmente de ordem extrapatrimonial, os quais não raro se verificam a partir de juízos de ponderação efetuados em concreto, por uma judicatura de perfil reconhecidamente criativo (e, neste particular, não patológico). Estas viragens substanciais, timbres da instalação do modelo de Estado Constitucional no Brasil, carecem, ainda, da tomada de consciência, pela magistratura, de seu inadiável papel no desenvolvimento e na estabilização do Direito de Danos.

Estas aproximações, enfeixadas na convergência de ambos os modelos codificados de reparação civil cotejados quanto ao reconhecimento da derrocada da tradicional *segurança da lei* para a *segurança no Direito* (inclusive em sua expressão judicial), evidenciam os renovados desafios postos às comunidades

jurídicas alemã e brasileira: os magistrados, que realizam o Direito de maneira criativa, precisam atentar aos fatos de cada causa, dispende esforços argumentativos de monta e honrar a atuação jurisdicional precedente, a fim de que sua atividade seja, de fato, tomada a sério como um verdadeiro polo irradiador de segurança e estabilidade; os legisladores têm de se despir da aura de onipotência sobre si depositada pelos cultores do modelo de Estado de Direito e encontrar uma maneira de “seguir o melhor curso disponível para o encontro de expressões linguísticas que permitam equilíbrio entre flexibilidade e segurança e facilite o desenvolvimento ordenado do Direito, sem indevido lisonjeio à criatividade judicial”<sup>237</sup> (KÖTZ, 1987, p.9); os autores especializados (a doutrina), enfim e nos dois contextos, mas sobretudo no brasileiro, devem “reassumir a postura e o compromisso de constranger epistemologicamente (...) e questionar os fundamentos de decisões equivocadas, sem se portar como mera subscritora das decisões dos Tribunais” (NUNES *et al*, 2014, p.351).

As percepções contempladas nesta ordem de ideias, circunscritas pela espacialidade e a temporalidade da transição do moderno ao contemporâneo, no contexto da travessia do Estado de Direito para o Estado Constitucional (sobretudo na releitura das relações entre Jurisdição e Legislação), poderiam se bastar no estudo individualizado do Direito brasileiro ou do Direito alemão. Estariam, contudo, confinadas nos limites territoriais de cada ordenamento, longe da riquíssima inter-relação entre eles existentes, apesar das notáveis diferenças quanto ao aspecto recortado, o qual consiste nos mecanismos de identificação ou seleção dos interesses protegidos pelos respectivos modelos codificados de reparação civil. O cotejo promovido pela abordagem comparatista empreendida nas seções precedentes, segundo o *problem-solving approach*, permitiu a leitura do problema – promoção de segurança jurídica (substancial) na identificação dos interesses protegidos – à luz dos diferentes contextos considerados, o que resultou em um valioso arejamento das ideias circulantes tanto na comunidade jurídica alemã quanto na brasileira e em um retrato (contemplado por considerações críticas) do estado da questão.

---

<sup>237</sup> Tradução livre. No original: “the draftsman (...) must steer the best course available by finding language that strikes an apt balance between certainty and flexibility and facilitates the orderly development of law without unduly flattering judicial creativity”.

Enfim, a constatação da inevitabilidade da deferência ao caráter criativo da atividade de interpretação e aplicação do Direito, bem como à autoridade da atividade jurisdicional, no bojo das transformações que marcam a instauração do Estado Constitucional apontam, pela renovação do sentido atribuído à segurança jurídica, para uma solução provisória ao problema de sua concretização no âmbito da identificação dos interesses protegidos nos modelos de reparação civil alemão e brasileiro. O modesto alcance desta contribuição, todavia, não aplaca certezas. Longe disto. Aponta para um novo patamar de dúvidas e problematizações das tensões entre Direito e fatos na ordem jurídica das relações interprivadas contemporâneas, a acusar que a identificação dos interesses protegidos e a segurança jurídica em sentido substancial são, tanto quanto a pesquisa em Direito, uma *opera in fieri*.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, R. R. de. O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidades. *Revista de Direito Renovar*, v.18, pp.11-19, set-dez/2000

ALBUQUERQUE, R. G. Constituição e codificação: a dinâmica atual de um binômio. In: MARTINS-COSTA, J. (Org). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002

AJANI, G. Sistemas jurídicos comparados: Leciones y materiales. Tradução de Miriam Anderson, Esther Arroyo Amayuelas e Barbara Pasa. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2011

ALDAZ, C. M. de A. *El Derecho civil a finales del siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1991

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Begleitet ein Kind seine Mutter zum Einkauf in einen Selbstbedienungsladen, so können ihm, wenn es dort zu Fall kommt, unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluß zustehen. *BGHZ*, n.66, 1976. [online]. Disponível na Internet via: <<http://web.archive.org/web/20050220115357/http://www.jura.uni-passau.de/ifl/bgh11.htm>>. Última consulta em 29.01.2016

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Fleet-fall. *NJW*, 1971. [online]. Disponível na Internet via: <[https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1970-12-21/II-ZR-133\\_68](https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1970-12-21/II-ZR-133_68)>. Última consulta em 30.01.2016

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Geltendmachung von Schadensersatz; Annahme eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb; Arbeitsstillstand wegen Beschädigung eines Stromkabels wegen Erdaushubarbeiten. [online]. Disponível na Internet via: <[https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1977-07-12/VI-ZR-136\\_76](https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1977-07-12/VI-ZR-136_76)>. Última consulta em 29.01.2016

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Herrenreiter-Fall. *BGHZ*, n;26, 1958. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.jurakopf.de/liste-ausbildungsrelevanter-urteile/zivilrecht/bghz-26-349-herrenreiter/>>. Última consulta em 28.01.2016

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Kein haftungsrechtlicher Zusammenhang zwischen Verkehrsverstoß und Schlaganfall. *NJW*, 1989. [online]. Disponível na Internet via: <[https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1989-04-04/VI-ZR-97\\_88](https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1989-04-04/VI-ZR-97_88)>. Última consulta em 30.01.2016

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Leserbrief-Fall. *BGHZ*, n.18, 1955

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Spickmich.de – Zur Zulässigkeit der Erhebung, Speicherung und Übermittlung von personengebundenen Daten im Rahmen

eines Bewertungsforums im Internet. *NJW*, 2009. [online]. Disponível na Internet via: <[http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir\\_dok\\_id=1996](http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=1996)>. Última consulta em 31.01.2016

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Umfang der Amtspflichten der für die Verkehrssicherungspflicht verantwortlichen Körperschaft. *NJW*, 1973

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Unterhaltspflicht bei fehlgeschlagener Sterilisation oder fehlerhafter genetischer Beratung. [online]. *NJW*, 1988 Disponível na Internet via: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv096375.html>>. Última consulta em 30.01.2016

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Vorliegen einer Ordnungsverfügung; Einleitung der Abwässer in die Kanalisation; Verdacht der Gewässerverschmutzung; Vorliegen unwahrer Äußerungen. *NJW*, 1987. [online]. Disponível na Internet via: <[https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1987-05-12/VI-ZR-195\\_86](https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1987-05-12/VI-ZR-195_86)>. Última consulta em 30.01.2016

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Wer fahrlässig eine Freileitung des Elektrizitätswerks durchtrennt, haftet einem angeschlossenen Abnehmer für den Schaden, den dieser dadurch erleidet, daß auf ununterbrochene Stromzufuhr angewiesene Sachen (hier: Eier in einem elektrischen Brutapparat) verderben. *BGHZ*, n.41, 1964. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.caselaw.de/document?si=cc2e9e81-c885-4e12-8aff-b24e2ee089eb&di=d7de1480-4338-411e-9966-77bb0d3e0d41&pg=0>>. Última consulta em 30.01.2016.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. Blinkfüer-Fall. *NJW* 1969. [online]. Disponível na Internet via: <[https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/OEF004/Archiv\\_-\\_Robbers/Anfaenger/WS.01.02/fall8.pdf](https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/OEF004/Archiv_-_Robbers/Anfaenger/WS.01.02/fall8.pdf)>. Última consulta em 30.01.2016

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. Lüth-Fall. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>>. Última consulta em 29.01.2016

ALEMANHA. Bundesverfassungsgerichtsgesetz. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bverfgg/gesamt.pdf>>. Última consulta em 20.06.2016

ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch. [online]. Disponível na Internet via: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>>. Última consulta em 20.06.2016

ALEMANHA. Gerichtsverfassungsgesetz. [online]; Disponível na Internet via: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gvg/gesamt.pdf>>. Última consulta em 20.06.2016

ALEMANHA. Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie. [online]. Disponível na Internet via: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/kunsturhg/gesamt.pdf>>. Última consulta em 20.06.2016

ALEMANHA. Grundgesetz 1949. [online]. Disponível na Internet via: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Última consulta em 20.06.2016

ALEMANHA. Produkthaftungsgesetz. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg/>>. Última consulta em 20.06.2016

ALEMANHA. Reichsgericht. Ist die Schadensersatzpflicht desjenigen, welcher auf Grund eines eingetragenen, aber nicht schutzfähigen Gebrauchsmusters einen anderen an der Herstellung des Musters in seinem Gewerbebetriebe verhindert hat, nur im Falle der Kenntnis, oder auch schon im Falle fahrlässiger Unkenntnis von der Schutzlosigkeit des Gebrauchsmusters begründet? RGZ, 1904. [online]. Disponível na Internet via: <<http://web.archive.org/web/20030517161459/http://www.uni-leipzig.de/urheberrecht/ressrc/material/vorles/grur/rgz58-24.pdf>>. Última consulta em 29.01.2016

ALEMANHA. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. [online]. Disponível na Internet via: <<https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/ges/SchRModG/cont/SchRModG.htm>>. Última consulta em 20.06.2016

ALEMANHA. Strafgesetzbuch. [online]. Disponível na Internet via: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>>. Última consulta em 20.06.2016

ALEMANHA. Zivilprozessordnung. [online]. Disponível na Internet via: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>>. Última consulta em 20.06.2016

ALEXANDER, C. Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die zivilrechtliche Rechtsfindung und – Fortbildung am Beispiel des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. [online]. Disponível na Internet via: <[http://works.bepress.com/christian\\_alexander/3/](http://works.bepress.com/christian_alexander/3/)>. Última consulta em 04.02.2016

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed., 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011

ALTHEIM, R. *Atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro*: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

AMARAL NETO, F. *Direito Civil*: Introdução. 7ª Ed., revista, modificada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

AMARAL NETO, F. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. *Revista da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, n.2, pp.102-118, out/2008

ANDRADE, F. S. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista de Derecho Privado*, n.24, pp.81-111, jan-jun/2013

ARNDT, A. Gesetzesrecht und Richterrecht. *NJW*, a.16, v.29, pp.1273-1285, 1963

ARNT RAMOS, A. L. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas: o estado da questão. *RIL*, n.210, pp.291-314, abr-jun/2016

ARNT RAMOS, A. L., CORTIANO JUNIOR, E. Segurança jurídica, precedente judicial e o Direito Civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito. *Civilística.com*, a.4, n.2, 2015. [online]. Disponível na Internet via: <<http://civilistica.com/seguranca-juridica-precedente-judicial-e-o-direito-civil-brasileiro/>>. Última consulta em 09.02.2016

ÁVILA, H. Princípios e regras e a segurança jurídica. *RDE*, a.1, n.1, jan-mar/2006

ÁVILA, H. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª Ed., revista. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005

BAADE, Hans W. *Stare decisis* in Civil-Law Countries: The Last Bastion. In: BIRKS, P. e PRETTO, A. (Orgs). *Themes in comparative law*: in honour of Bernard Rudden. Oxford: 2002

BADURA, P. Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes gegenüber der staatlichen Intervention im Bereich der Wirtschaft. In: DEITER, W. (Org). *Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*. Berlin: de Gruyter, 1984

BAPTISTA, S. N. *Ensaio de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2006

BAPTISTA, S. N. *Teoria geral do dano*: de acordo com o Novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003

BARROSO, D. *Manual de Direito Processual Civil*: teoria geral e processo de conhecimento. 2ª Ed., atualizada. São Paulo: Manole, 2007

BEL, J. Le precedent judiciaire en Droit Privé. In: BLAUROCK, Uwe. *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht*: Referate des

5. Deutsch-französischen Juristentreffens in Lübeck vom 13. – 16. Juni 1984. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1985

BELL, J. *Judiciaries within Europe*: a comparative review. Cambridge: Cambridge University Press, 2006

BEZERRA DE MENEZES, J. e GONÇALVES, C. F. O. A construção da dignidade pela articulação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade: expressão do direito geral de personalidade. *Direitos fundamentais e Justiça*, a.6, n.21, pp.105-123, out-dez/2012

BODIN DE MORAES, M. C. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n.29, pp.233-258, jul-dez/2006

BODIN DE MORAES, M. C. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. *Civilística.com*, a.2, n.1, pp.1-4, 2013

BODIN DE MORAES, M. C. Honra, liberdade de expressão e ponderação: Comentários ao acórdão no REsp 1.021.688/RJ (rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 01.07.2009). In: FRAZÃO, A. e TEPEDINO, G. *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

BODIN DE MORAES, M. C. Prefácio a SCHREIBER, A. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012

BODIN DE MORAES, M. C. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. (Org). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

BOILEUX, J. M. *Commentaire sur le Code Civil*: contenant l'explication de chaque article séparément. T. 1. 6ª Ed., aumentada e melhorada. Paris: Videcoq, 1856

BRAITHWAITE, J. Rules and principles: a theory of legal certainty. *AJLP*, n.27, pp.47-82, 2002

BRANDÃO, R. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre a Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

BRASIL. Código Civil. [online]. Disponível na Internet via: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Última consulta em 20.06.2016

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. [online]. Disponível na Internet via: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Última consulta em 20.06.2016

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. [online]. Disponível na Internet via: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Última consulta em 20.06.2016

BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência. [online]. Disponível na Internet via: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Última consulta em 20.06.2016

BRASIL. Lei nº 6.938/1981. [online]. Disponível na Internet via: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm)>. Última consulta em 20.06.2016

BRASIL. Novo Código de Processo Civil. [online]. Disponível na Internet via: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Última consulta em 20.06.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no EAREsp 606415/RJ. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2015. [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1383569&num\\_registro=201402785206&data=20150701&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1383569&num_registro=201402785206&data=20150701&formato=PDF)>. Última consulta em 09.06.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 382736/SC. Relator: Ministro Castro Meira. Relator para Acórdão: Ministro Francisco Peçanha Martins. Primeira Seção. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2004. [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=430690&num\\_registro=200101557448&data=20040225&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=430690&num_registro=200101557448&data=20040225&formato=PDF)>. Última consulta em 06.06.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 14171155/RN. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1360962&num\\_registro=201401851631&data=20141127&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1360962&num_registro=201401851631&data=20141127&formato=PDF)>. Última consulta em 15.05.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 265133/RJ. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2000. [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=72590&num\\_registro=200000641030&data=20001023&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=72590&num_registro=200000641030&data=20001023&formato=PDF)>. Última consulta em 15.05.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 714933/PE. Relator: Ministro Ari Pargendler. Terceira Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2007. [online]. Disponível na Internet via: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA>>

&sequencial=681051&num\_registro=200401852472&data=20070423&formato=PDF>. Última consulta em 15.05.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 910794/RJ. Relatora: Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2008. [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=829946&num\\_registro=200602733358&data=20081204&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=829946&num_registro=200602733358&data=20081204&formato=PDF)>. Última consulta em 17.05.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1021688/RJ. Relator: Ministro Massami Uyeda. Relator para acórdão: Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2009. [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=892982&num\\_registro=200800032440&data=20090701&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=892982&num_registro=200800032440&data=20090701&formato=PDF)>. Última consulta em 17.05.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1096325/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2009-a. [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=847271&num\\_registro=200802339550&data=20090203&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=847271&num_registro=200802339550&data=20090203&formato=PDF)>. Última consulta em 03.06.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 979580/ES. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2011. [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1056109&num\\_registro=200700554919&data=20110506&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1056109&num_registro=200700554919&data=20110506&formato=PDF)>. Última consulta em 05.03.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1032014/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2009 [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=887603&num\\_registro=200800336860&data=20090604&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=887603&num_registro=200800336860&data=20090604&formato=PDF)>. Última consulta em 12.05.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1245550/MG. Relator: Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2015. [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1390560&num\\_registro=201100391454&data=20150416&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1390560&num_registro=201100391454&data=20150416&formato=PDF)>. Última consulta em 09.06.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1381211/TO. Relator: Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2014-b. [online]. Disponível na Internet via: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA>

&sequencial=1320697&num\_registro=201201891289&data=20140919&formato=PDF>. Última consulta em 13.05.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1415727/SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2014. [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346306&num\\_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346306&num_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF)>. Última consulta em 13.05.2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1454153/RJ. Relator: Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2014-a. [online]. Disponível na Internet via: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1326788&num\\_registro=201400834080&data=20140701&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1326788&num_registro=201400834080&data=20140701&formato=PDF)>. Última consulta em 13.05.2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. *DJe*. Brasília, 2010. [online]. Disponível na Internet via: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Última consulta em 10.05.2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno. *DJe*. Brasília, 2013. [online]. Disponível na Internet via: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=370733>>. Última consulta em 10.05.2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE 385943. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. *DJe*. Brasília, 2010. [online]. Disponível na Internet via: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608263>>. Última consulta em 10.10.2016

BULYGIN, E. Los jueces ¿crean Derecho?. *Isonomía*, n.18, pp.7-25, abril de 2003

BÜRGEMEIER, G. *Haftungsrecht*: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts. Heidelberg: Springer, 2006

BUSTAMANTE, T. R. Conflictos normativos y decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. *DOXA: Cadernos de Filosofia del Derecho*, v.33, pp.79-108, 2010

BUSTAMANTE, T. R. O Direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *RFDUFMG*, número especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, pp.299-325, 2013

BUSTAMANTE, T. R. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012



BYDLINSKI, F. Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht. *AcP*, n.194, pp.319-351, 1994

BYDLINSKI, F. Richterrecht über Richterrecht. In: CANARIS, C-W. *et al. 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. V.1: Bürgerliches Recht.* Munique: Beck, 2000

CANARIS, C-W. Funções da parte geral de um Código Civil e os limites de sua prestabilidade. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977.* V.II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

CARVALHO, O. *A teoria geral da relação jurídica.* Coimbra: Centelha, 1981

CAVALCANTI FILHO, T. *O problema da segurança no Direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964

CHINELATO E ALMEIDA, S. J. A. O nascituro no Código Civil e no Direito constituendo do Brasil. *RIL*, a.25, n.97, pp.181-190, jan-mar/1988

CHINELATO E ALMEIDA, S. J. A. O nascituro perante os Tribunais. A recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Evolução e tendências. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v.20, pp.222-232, jul./2007

CIENFUEGOS, C. S. Circulación de modelos y centralidad de los Códigos Civiles en el Derecho Privado latinoamericano. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, n.136, pp.125-164, 2013

CINNEIDE, C., HUNTER-HEININ, M. e FEDTKE, J. Privacy. In: SMITS, J. (Org). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law.* Northampton: Elgar, 2006

CIVITARESE, S. A European convergence towards a *stare decisis* model? *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.14, pp. 173-194, segundo semestre de 2015. [online]. Disponível na Internet via: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2720484](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2720484)>. Última consulta em 08.02.2016

COELHO, L. F. O Direito Comparado. *RFDUFPR*, v.15, pp.261-274, 1972

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, adotada em 4 de novembro de 1950

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015: ano base 2014.* Brasília: CNJ, 2015

CORTIANO JUNIOR, E. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: RAMOS, C. L. S., FACHIN, L. E. (Coord). *Repensando os fundamentos do Direito Civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998

CORTIANO JUNIOR, E. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. *RFDUFPR*. Curitiba, v.45, pp.99-102, 2006

COSTA, P. A democracia após os 'totalitarismos' – a democracia constitucional na segunda metade do século XX. In: COSTA, P. *Poucos, muitos, todos*: lições de história da democracia. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora da UFPR, pp.279-289, 2012

COSTA, P. Democracia política e Estado Constitucional. Tradução de Érica Hartmann. In: COSTA, P. *Soberania, representação, democracia*: ensaios sobre a história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, pp.235-268, 2010

COSTA, P. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, P. e ZOLO, D. (Orgs). *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, pp.95-198, 2006

COUTO E SILVA, C. V. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *RIL*, a.25, n.97, pp.163-180, jan-mar/1988

CUNHA FROTA, P. M. *Imputação sem nexo causal e responsabilidade por danos*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013

D'ONORIO, J-B. L'esprit du Code Civil selon Portalis. D'un siècle à l'autre. *Droits: Revue Française de Théorie, de Philosophie et de culture Juridiques*, n.42, pp.75-91, 2005

DAUNER-LIEB, B. e LANGEN, W. *BGB Schuldrecht*. V. 2/1: §§ 241-610. 2ª Ed; Baden-Baden: 2012

DESSAUNE, M. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

DEUTSCH, E. e AHRENS, H-J. *Deliktsrecht*:: Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld. 5ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Colônia: Carl Heymanns, 2009

DIEDRICH, F. *Präjudizien im Zivilrecht*. Hamburgo: Dr. Kovač, 2004

DIMOULIS, D. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

DWORKIN, R. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard, 2006

EHMANN, H. e SUTSCHET, H. *La Reforma del BGB*: Modernización del derecho alemán de obligaciones. Tradução de: Claudia López Dias e Ute Salach de Sánches. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2006

EHRHARDT JUNIOR, M. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo

do Direito de Danos. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Bahia*, v.22, n.24, pp.147-164, 2012

EHRHARDT JUNIOR, M. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. Belo Horizonte: Fórum, 2014

FACCHINI NETO, E. Da responsabilidade no Novo Código Civil. *Revista do TST*, v.76, n.1, pp.17-63, jan-mar/2010

FACHIN, L. E. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015

FACHIN, L. E. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: PIANOVSKI RUZYK, C. E., SOUZA, E. N., BEZERRA DE MENEZES, J. E EHRHARDT JUNIOR, M. (Orgs). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014

FACHIN, L. E. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 3ª Ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

FACHIN, L. E. e PIANOVSKI RUZYK, C. E. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, I. W. (Org). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

FERRAJOLI, L. Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías. In: FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. e ATIENZA, M. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. 2ª Ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003. [online]. Disponível na Internet via: <[http://www.institutounipac.com.br/aulas/2014/1/UBDIR01N1/000072/000/IED%20-%20Tercio%20Sampaio%20Ferraz%20Jr%20\(1\).pdf](http://www.institutounipac.com.br/aulas/2014/1/UBDIR01N1/000072/000/IED%20-%20Tercio%20Sampaio%20Ferraz%20Jr%20(1).pdf)>. Última consulta em 06.06.2016.

FIKENTSCHER, W. Die Bedeutung von Präjudizien im heutigen deutschen Privatrecht. In: BLAUROCK, U. *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht*: Referate des 5. Deutsch-französischen Juristentreffens in Lübeck vom 13. – 16. Juni 1984. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1985

FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014

FIORAVANTI, M. *Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado Constitucional*. Tradução de: Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Henrique Krassuski Fortes. Inédito

FIORAVANTI, M. Público e Privado: Os Princípios Fundamentais da Constituição Democrática. *RFDUFPR*, n.58, pp.7-24, 2013

FIORAVANTI, M. La trasformazione del modello costituzionale. *Studi Storici*, a.42, n.4, pp.813-825, out-dez/2001

FISCHER, R. *Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1971

FLEMING, J. G. Comparative law of torts. *Oxford journal of legal studies*, n.4(2), pp.235-243, 1984

FONSECA, R. M. A modernização frustrada: a questão da codificação civil no Brasil do Século XIX. In: BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e LEITE RIBEIRO, G. P. (Coords). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

FOSTER, N. e SULE, S. *German legal system and laws*. 4ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010

FRYDMAN, B. Exégèse et Philologie: Un cas d'herméneutique comparée. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, n.33, pp.59-83, 1994

FUCHS, M. *Deliktsrecht*: Eine nach Anspruchsgrundlagengeordnete Darstellung des Recht der unerlaubten Handlungen und der Gefährdungshaftung. 7ª Ed., revista e atualizada. Heidelberg: Springer, 2009

FUCHS, M. e PAUKER, W. *Delikts- und Schadensersatzrecht*. 8ª Ed., atualizada e ampliada. Heidelberg: Springer, 2012

FRANK, J. *Law and the modern mind*. Nova Iorque: Brenanto's Inc, 1930

FREITAS FILHO, R. e LIMA, T. M. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, n.21, pp.1-17, jul-dez/2010. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/1206/1149>>. Última consulta em 05.05.2016.

GERBER, D. J. Sculpting the agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the façade of language. In: RILES, A. (Ed). *Rethinking the masters of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2001

GERMANN, O. A. *Präjudizien als Rechtsquelle*: Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung. Estocolmo: Almqvist e Wiksell, 1960

GIGLIO, F. Pandectism and the Gaian classification of things. *The University of Toronto Law Journal*. v.62, n.1, inverno de 1012. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.jstor.org/stable/41429404>>. Última consulta em 27.01.2016

GIORGIANI, M. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, a.87, n.747, pp.35-53, jan/1998

GOMES, O. *Direitos reais*. 21ª Ed., revista e atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012

GONDIM, G. G. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010

GONDIM, G. G. Responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015

GOUTAL, J. L. Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the USA. *The American Journal of Comparative Law*, v.24, n.1, pp.43-72, inverno/1976

HÄBERLE, P. Die europäische Verfassungsstaatlichkeit. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n.3, v.78, pp.298-312, 1995. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.jstor.org/stable/43126945>>. Última consulta em 11.02.2016

HÄBERLE, P. Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Rechtsvergleichung als ‚fünfter‘ Auslegungsmethode. *JZ*, a.44, n.20, pp.913-919, outubro/2009. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.jstor.org/stable/20820211>>. Última consulta em 11.02.2016

HELDRIICH, A. 50 Jahre Rechtsprechung des BGH – Auf dem Weg zu einem Präjudizienrecht? Festvortrag zum 50-jährigen Bestehen des BGH. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, a.33, v.12, pp.497-500, dez/2000. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.jstor.org/stable/pdf/23426107>>. Última consulta em 15.02.2016

HESPANHA, A. M. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012

HILGRUBER, C. Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem. *JZ*, a.51, n.3, pp.118-125, fev./1996. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.jstor.org/stable/20823324>>. Última consulta em 12.02.2016

HINESTROSA, F. Prólogo a HENAO, J. C. *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontratual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998

HONDIUS, E. H. Judiciary: obstacle to the harmonization of civil law and common law? In: BOELE-WOELKI, K, GROSHEIDE, F. W. *et ali* (Orgs). *Comparability and evaluation: essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration in honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*. London: Martinus Nijdhoff Publishers, 1994

HUSA, J. *A new introduction to Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2015

JAYNE, E. 'Rechtsfortbildung' nel sistema tedesco dell'illecito civile. L'influenza del diritto comparato. *Il Foro Italiano*. v.111, parte quinta: *Monografie e Varietà*, pp.366-372. Roma: Societa Editrice Il Foro Italiano, 1988

JOSSERAND, L. Evolução histórica da responsabilidade civil. *Revista Forense*, v.8, n.454, pp.548-559, 1951

KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*. München: Beck, 2015

KOCH, H. Law of Torts. In: ROBBERS, G. *Introduction to German law*. 5ª Ed. Munique: Nomos, 2012

KONDER, C. N. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v.60, n.1, pp.193-213, jan-abr/2015

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª Ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997

LEONARDO, R. X. Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Tuiuti: Ciência e Cultura*, n.30, pp.107-119, mai/2002

LIPSTEIN, D. K. The doctrine of precedent in Continental Law with special reference to French and German Law. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, v.28, n. 2/4, PP.34-44, 1946

LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do Direito Civil. *RIL*. Brasília, a.36, n.141, pp.99-109, jan-mar/1999

LÔBO, P. L. N. Direito Civil-Constitucional. In: TEIXEIRA, A. C. B. e RIBEIRO, G. P. L. (Coords). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

LÔBO, P. L. N. *Direito civil: Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011

LORENZO, M. F. de. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996

LUNDMARK, T. Review of EBKE, W. and FINKIN, M. Introduction to German Law. *The American Journal of Comparative Law*, v.47, n.4, pp. 677-687, outono de 1999

MAGNUS, U. La reforma del Derecho alemán de daños. *InDret*, n.2, pp.2-12, 2003

MARINONI, L. G. *A ética do precedente: justificativa do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

MARINONI, L. G. *O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MARINONI, L. G. *Teoria Geral do Processo*. 7ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013-a

MARKESINIS, B., UNBERATH, H. e JOHNSTON, A.. *The German Law of Contract: a comparative treatise*. 2ª Ed. Oxford: Hart Publishing, 2006

MARKESINIS, B. An expanding tort law – the price of rigid contract law. *Law Quarterly Review*, v.103, 1987

MARKESINIS, B. *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: the story of the last thirty-five years*. Oxford: Hart Publishing, 2003

MARKESINIS, B. Judicial style and judicial reasoning in England and Germany. *CLJ*, 59(2), pp.294-309, Jul/2000

MARKESINIS, B. Learning from and learning in Europe. \_\_\_\_\_. *Foreign law and comparative methodology*. Oxford: Hart, 1997

MARKESINIS, B. Policy factors and the Law of Tort. In: \_\_\_\_\_. *Foreign law and comparative methodology: a subject and a theses*. Oxford: Hart, 1997-a

MARTINS-COSTA, J. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre Estado e Cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *RCEJ*, n.27, pp.110-210, out-dez/2004

MARTINS-COSTA, J. Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações; do adimplemento e da extinção das obrigações. Vol. V, t. 1. In: TEIXEIRA, S. de F. (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

MARTINS-COSTA, J. Dano moral à brasileira. *RIDB*, a.3, n.9, pp.7073-7122, 2014

MARTINS-COSTA, J. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *RIL*, a.25, n.139, pp.5-22, jul-set/1998

MARTINS-COSTA, J. Prefácio a SANSEVERINO, P. T. *Reparação Integral. Indenização no Código Civil*. In: \_\_\_\_\_ (Org). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014-a

MENEZES CORDEIRO, A. Teoria Geral do Direito Civil: Relatório. *Separata da Revista da Faculdade de Direito*, pp.71-82. Lisboa, 1988

MERRYMAN, J. H. *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. 2ªEd. Stanford: Stanford University Press, 1985

MITIDIERO, D. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MITIDIERO, D. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

MONTEIRO, W. B. *Curso de Direito Civil brasileiro*. v.4. São Paulo: Saraiva, 1979

MONTENEGRO, A. L. C. *Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992

NALIN, P. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *RFDUFPR*, n.41, pp.85-98, 2004

NALIN, P. e MANASSÉS, D. R. Responsabilidade civil extracontratual e contratual: razões e funções da distinção. In: PIANOVSKI RUZYK, C. E., SOUZA, E. N., BEZERRA DE MENEZES, J. E EHRHARDT JUNIOR, M. (Orgs). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014

NEUNER, J. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. *Revista da EMESC*, v.15, n.21, pp.75-106, 2008

NIPPERDEY, H. C. Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung. *Recht der Arbeit*. a.3, v.4, pp.121-128, 1950

NORONHA, F. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Sequência*, v.19, n.37, pp.21-37, 1998

NUNES, D., ALMEIDA, H. e REZENDE, M. A contribuição da doutrina na (con)formação do direito jurisprudencial: uma provocação essencial. *Repro*, a.39, n.232, pp.327-362, jun/2014

ODERKERK, M. The need for a methodological framework for comparative legal research: sense and nonsense of 'Methodological Pluralism in Comparative Law'. *RabelsZ*, v.79, pp.590-623, 2015

OHLY, A. Generalklauseln und Richterrecht. *AcP*, v.201, pp.1-47, 2001

OLIVEIRA, P. M. e ANDERLE, R. J. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do Direito? *RePro*, a.39, v.232, pp.307-326, jun/2014

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). [online]. Disponível na Internet via:  
<[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Última consulta em 20.06.2016



ORRÙ, G. *Richterrecht: il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Milão: Giuffrè, 1983

OST, F. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Revista sobre enseñanza del Derecho*, a.4, n.8, pp.101-130, 2007

PASSOS, E. e OLIVEIRA LIMA, J. A. de. *Memória legislativa do Código Civil*. v.1: Quadro Comparativo. Brasília: Senado Federal, 2012

PÉREZ LUÑO, A-E. La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.15, pp.25-38, 2000. [online]. Disponível na Internet via <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-15-48A09575/PDF>>. Última consulta em 17.02.2016

PIANOVSKI, C. E. A importância de uma Teoria (Geral) do Direito Civil. In: TEIXEIRA, A C. B. e LEITE, G. P. L. (Coords). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

PIANOVSKI RUZYK, C. E. O caso das ‘pílulas de farinha’ como exemplo da construção jurisprudencial de um ‘Direito de Danos’ e da violação da liberdade positiva como ‘dano à pessoa’ – Comentários ao acórdão no REsp 1.096.325/SP (rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28.10.2009). In: FRAZÃO, A. e TEPEDINO, G. (Coords). *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

PINO, G. The place of legal positivism in contemporary constitutional states. *Law and Philosophy*, n.5, v.18, pp.513-535, set./1999

PINTO MONTEIRO, A. A parte geral do Código Civil, a Teoria Geral do Direito Civil e o Direito Privado Europeu. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. v. II: A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

PINTO MONTEIRO, A. Interpretação e o protagonismo da doutrina. *RFDC*. Belo Horizonte, a.4, n.10, pp.291-307, set-dez/2015

RAMM, T. Der Streik als unerlaubte Handlung (Eine kritische Betrachtung). *Arbeit und Recht*, v.12, n.11, pp.321-329, nov./1964

REALE, M. Visão geral do Novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, v.1, n.4, pp.38-44, fev.-jun./1988

REZENDE, A. e GONDIM, G. G. Ilícito de perigo e ilícito de lesão: repercussões para o Direito de Danos. *Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas*, a.13, n.22, pp.119-132, abr/2014

RODRIGUES JUNIOR, O. L. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v.99, n.891, pp.65-106, jan/2010

RODRIGUES JUNIOR, O. L. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, a.11, n.143, pp.43-66, 2011

RODRIGUEZ, J. R. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade judicial e estratégias legislativas. *Analisi e Diritto*, pp.129-152, 2012

ROSENBERG, L. *Zivilprozessrecht*. 17ª Ed., atualizada. Atualização de Karl Heinz Schwab e Peter Gottwald. Munique: Beck, 2010

SANSEVERINO, P. T. V. O princípio da reparação integral e o arbitramento equitativo da indenização por dano moral no Código Civil. In: MARTINS-COSTA, J. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014

SARLET, I. W. O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida – comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal. *Direito UnB*, v.01, n.02, pp.184-201, jul./2014

SCHLAICH, K. e KORIOOTH, S. *Das Bundesverfassungsgericht*. 10ª Ed., atualizada. Munique: Beck, 2015. [online]. Disponível na Internet via: <[https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/SchlaichKoriothHdbBVerfG\\_10/cont/SchlaichKoriothHdbBVerfG.gITeil1.gIII.htm](https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/SchlaichKoriothHdbBVerfG_10/cont/SchlaichKoriothHdbBVerfG.gITeil1.gIII.htm)>. Última consulta em 29.01.2016

SCHMIDT, J. P. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. *RTDC*, v.40, pp.139-151, out-dez/2009

SCHMIDT, J. P. Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis. *DBJV Mitteilungen*, n.2, 2014

SCHMIDT, J. P. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009

SCHREIBER, A. Direito Civil e Constituição. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013

SCHREIBER, A. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013

SCHREIBER, A. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *RTDC*, n.22, pp.45-69, abr-jun/2005

SCHREIBER, A. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012

SCHRÖDER, R. Das Bürgerliche Gesetzbuch im 20. Jahrhundert. In: UNIVERSITÄT POTSDAM. *Tag der Juristischen Fakultät: 100 Jahre BGB*. Potsdam: Juristische Fakultät, 2001

SEBOK, A. J. Using comparative torts to teach first-year torts. *Journal of Legal Education*, v.57, n.4, pp.562-578, dez./2013

SGARBOSSA, L. F. e JENSEN, G. *Elementos de Direito Comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008

SILVA, V. A. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, A., PIOVESAN, F. e ANTONIAZZI, M. M. (Orgs). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SPRENGER, C. *Internationale Experthaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008

STADLER, A. e HAU, W. The law of civil procedure. In: REIMANN, M. e ZEKOLL, J. *Introduction to German law*. Munique: Beck, 2005

TEPEDINO, G. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: \_\_\_\_\_. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013

TEPEDINO, G. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 3ª Ed., atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

THEODORO JUNIOR, H. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da EMERJ*, v.9, n. 35, pp.15-48, 2009

VENOSA, S. S. Apresentação. In: VENOSA, S. S., GAGLIARDI, R. V. E NASSER, P. M. (Coords). *10 Anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2013

VIEWEG, K. The Law of Torts. In: FOSTER, N. e SULE, S. *German legal system and laws*. 4ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010

von BAR, C. Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die westeuropäischen Deliktsrechte. *RabelsZ*, v.59, pp.203-228, 1995

WAGNER, G. *Das neue Schadensersatzrecht: Die Rechtslage nach dem Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2003

WAGNER, G. Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven. *JZ*, a.59, n.7, pp.319-331, abril de 2004

WAGNER, G. Tort, social security and no-fault schemes: lessons from real-world experiments. *DJCL*, n.23, pp.1-61, 2012. [online]. Disponível na Internet via: <<http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol23/iss1/1>>. Última consulta em 26.02.2016

WAGNER-DÖBLER, R. Präjudizien in deutschen, englischen und US-amerikanischen Gerichtsentscheidungen: Ein quantitativer Vergleich. *RabelsZ*, v.59, pp.113-127, 1995

WARAT, L. A. *O direito e sua linguagem*. 2ª Ed. Porto Alegre: SAFE, 1995

WIETHÖLTER, R. Zur politischen Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. *Kritische Justiz*, v.3, n.2, pp.121-139, 1970

WINIGER, B., KOZIOL, H., KOCH, B. A. e ZIMMERMANN, R. (Eds). *Digest of European Tort Law*. V.2: Essential cases on damage. Berlin: de Gruyter, 2011

WROBEL, H. Rechtsgeschichte, Wirtschaftsgeschichte, Sozialgeschichte : die Thibaut-Savigny-Kontroverse. *Kritische Justiz*, v.6, n.2, pp.149-157, 1973. [online]. Disponível na Internet via: <<http://www.jstor.org/stable/pdf/23985765.pdf>>. Último acesso em 27.01.2016

WROBLÉVSKI, J. *The judicial application of the law*. Dordrecht: Springer, 1992

ZAGREBELSKY, G. *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2011

ZIMMERMANN, R. *The New German Law of Obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005

ZIMMERMANN, R. e JANSEN, N. *Quieta movere*: interpretative change in a codified system. In: CANE, P. e STAPLETON, J. (Orgs). *The law of obligations: essays in celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon, pp.285-315, 1998

ZIPURSKY, B. C. Philosophy of Tort Law. In: GOLDING, M. P e EDMUNDSON, W. A (Eds). *The Blackwell Guide of Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005